Der Pfandbrief

und seine rechtliche Sicherstellung im schweizerischen Recht.

Inaugural-Dissertation

der

Hohen Juristischen Fakultät der Universität Bern

zur Erlangung der

Würde eines Doktors der Rechtswissenschaften

vorgelegt von

WILHELM SCHWALM

Wolfhalden, Kt. Appenzell A. Rh.

Paul Haupt
Akademische Buchhandlung vorm. Max Drechsel
Bern und Leipzig
1931

R. UNIV.
BIBLIOTHEEK
LEIDEN

Inhaltsverzeichnis.

Einleitung: Der Begriff des Pfandbriefes im Allgemeinen . .

I. *Der Begriff des Pfandbriefes im schweizerischen Recht.*

1. Im Entwurf von Boivin, im Teilentwurf zum Z. G. B. und im Z. G. B. : : : : . . . . . .
2. Im Entwurf des Bundesrates zu einem Bundesgesetz über die Ausgabe von Pfandbriefen . . . . . .

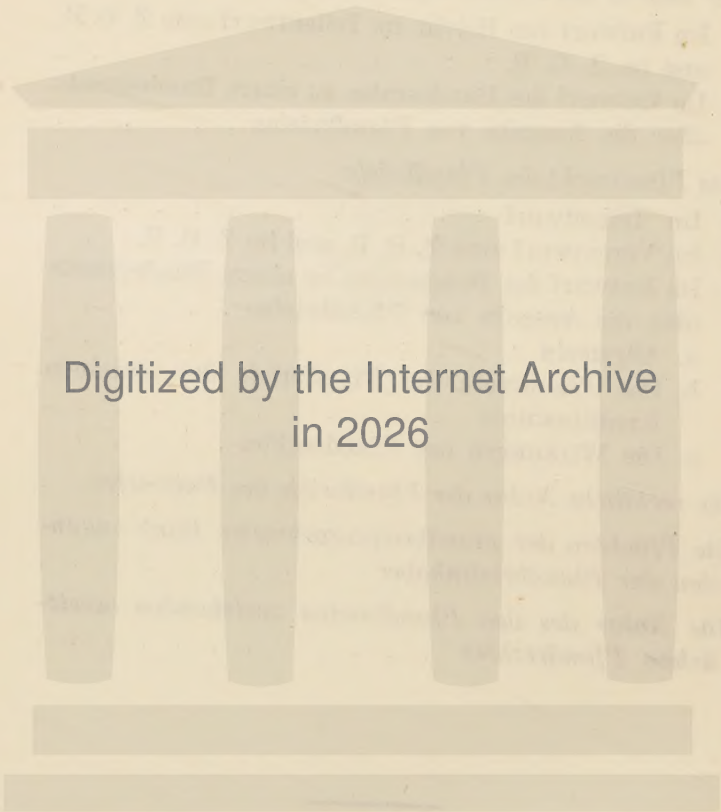
II. *Das Pfandrecht der Pfandbriefe.*

1. Im Teilentwurf : : . . . . . .
2. Im Vorentwurf zum Z. G. B. und im Z. G. B. . . .
3. Im Entwurf des Bundesrates zu einem Bundesgesetz über die Ausgabe von Pfandbriefen . . . . . .
   a. Allgemein : . : : . . . . . .
   b. Das Pfandrecht der Pfandbriefe der einzelnen Kreditinstitute . . . . . .
   c. Die Wirkungen des Pfandrechtes . . . . . .

III. *Die rechtliche Natur der Pfandbriefe des Entwurfes* . .

IV. *Die Pflichten der pfandbriefausgebenden Bank zugunsten der Pfandbriefinhaber* . . . . . .

V. *Die Natur des den Pfandbriefen zustehenden gesetzlichen Pfandrechtes* . . . . . .


Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41544718_0055

Verzeichnis der zu dieser Arbeit benutzten Literatur.

Aubert, La lettre de gage fédérale. Exposé présenté à l'association des représentants de la banque en Suisse 1918.

Boivin, Vorschlag betreffend Ordnung des Rechtes der Pfandbriefe der Hypothekenanstalten durch die Bundesgesetzgebung 1897. (Beilage zum dritten Teilentwurf.)

Brunner, Die öffentliche Anleihe. (Abhandlungen zum schweizerischen Recht Heft 51.)

Brühlmann, Grundbesitz und Hypothekarverhältnisse. Aktuelle Probleme des Bodenkredites in der Schweiz 1917.

Dernburg, Preussisches Privatrecht, Bd. 1, 1881.

Escher, Beiträge zur Kenntnis des zürcherischen Grundpfandrechtes (Abhandlung zum schweiz. Recht Heft 8.)

Frei, Die künftige Finanzierung des schweizerischen Hypothekarkredites. (Zeitschrift für schweizerische Statistik und Volkswirtschaft 1917.)

Gautschi, Beitrag zur Theorie des Eigentümergrundpfandes nach schweizerischem Z. G. B., Diss. Zürich 1928.

Gierke, Deutsches Privatrecht, Bd. 2.

Guhl, Die Verselbständigung der dinglichen Rechte im Z. G. B. Festgabe Huber 1919.

Gutachten, zur Frage der bundesgesetzlichen Regelung des Pfandbriefwesens mit Gesetzentwurf und Begründung 1919.

Hafner, Ueber die Verpfändung grundversicherter Forderungen. (Zeitschrift für schweiz. Recht 1908.)

Horber, Das Forderungspfandrecht nach eidgenössischem Recht. (Zürcher Beiträge zur Rechtswissenschaft, Heft 10 1905.)

Huber, Erläuterungen zum Vorentwurf des eidgen. Justizdepartementes 3. Heft. 1902.

Huber, Erläuterungen zum dritten Teilentwurf über das Grundpfandrecht 1898.

Huber, Betrachtungen über die Vereinheitlichung und Reform des schweizerischen Grundpfandrechtes 1898.

Huber, Zur Frage der Neugestaltung des schweizerischen Hypothekenrechtes 1898.

Jöhr, Zur Frage der Errichtung einer schweizerischen Hypothekenbank. (Schweizerische Zeitfragen Heft 40 1911.)

Kellenberger, Der Stammbaum des schweizerischen Pfandbriefes. (Politische Rundschau 1925, Heft 6.)

Kohler, Pfandrechtliche Forschungen 1879.

König, Reformen auf dem Gebiete der bankmässigen Vermittlung des Hypothekarkredites in der Schweiz. (Schweiz. Blätter für Wirtschafts- und Sozialpolitik, Band 23, 1917.)

Lamazure, Das System der Obligations foncières und der Pfandbriefe in Frankreich, Deutschland, Oesterreich und nach den Bestimmungen des schweizerischen Z. G. B. (Abhandlungen zum schweizerischen Recht, Heft 36.)

Lamazure, Principes d'une loi fédérale sur la lettre de gage. (Zeitschrift für schweiz. Recht 1918.)
Meyer, Schuldbrief und Gült nach den schweizerischen Zivilgesetzbuchentwürfen von 1900 und 1904. (Zürcher Beiträge zur Rechtswissenschaft. Heft 9, 1905.)
Oberer, Einige Bemerkungen betreffend die Emission von Anleihen und die Pfandbriefe im Entwurf eines schweiz. Civilgesetzbuches. (Zeitschrift für schweiz. Recht 1902.)
von Schulthess-Rechberg, Grundzüge eines Bundesgesetzes über die Pfandbriefe. (Zeitschrift für schweiz. Recht 1918.)
Schwind, Wesen und Inhalt des Pfandrechtes 1899. (Abhandlungen zum Privatrecht und Zivilprozess des deutschen Reiches, Bd. II.)
Sohm, Die Lehre vom Subpignus.
Weber-Schurter, Die schweizerischen Hypothekenbanken 1914.
Wieland, Zur Vereinheitlichung des Grundpfandrechtes. (Zeitschrift für schweiz. Recht 1905.)
Kommentar zum schweizerischen Zivilgesetzbuch, herausgegeben von Gmür, Sachenrecht.
Kommentar zum schweizerischen Zivilgesetzbuch, herausgegeben von Egger, Sachenrecht.

Einleitung.

Der Begriff des Pfandbriefes im Allgemeinen.

Da sich diese Arbeit mit dem Pfandbrief, wie er im schweizerischen Recht, insbesondere im Entwurf des Bundesrates zu einem Bundesgesetz über die Ausgabe von Pfandbriefen vom 14. Dezember 1925 geordnet ist, beschäftigt, so scheint es uns angezeigt zu sein, zuerst allgemein den Begriff des Pfandbriefes, unabhängig von seiner konkreten Gestaltung in dieser oder jener Gesetzgebung, festzustellen.

Sehen wir zuerst einmal, wie die Wissenschaft den Pfandbrief definiert.

Wieland in seinem Kommentar zum Sachenrecht des Z. G. B. umschreibt den Pfandbrief folgendermassen: Pfandbriefe sind Anleihensobligationen mit Forderungspfand an den Grundpfandtiteln der Ausgabebank, sowie an andern zum ordentlichen Geschäftskreis der Bank gehörenden Forderungen.

Im Kommentar von Gmür, Sachenrecht, sind die Pfandbriefe definiert als «für den Gläubiger unkündbare, auf den Inhaber oder den Namen lautende, mit Inhaberzinscoupons versehene Schuldverschreibungen, die ein gesetzliches Pfandrecht an den der Anstalt gehörenden Grundpfandtiteln und an andern ihrem ordentlichen Geschäftskreis entspringenden Forderungen geniessen.»

Gwalter in einem Referat «Wesen und Bedeutung der Pfandbriefe» charakterisiert die Pfandbriefe als «gegen faustpfändliche Hinterlage von Hypotheken oder Grundschulden von einem laut Gesetz hierzu ermächtigten Kreditinstitut in der Weise ausgegebene Schuldverschreibungen, dass die Ausgabestelle derselben den Faustpfandbesitz im Namen des Inhabers der Schuldverschreibung ausübt».

Endlich wäre noch eine Definition von Lamazure in seinem «System der obligations foncières und der Pfandbriefe in Frankreich, Deutschland, Oesterreich und nach den Bestimmungen des schweizerischen Z. G. B.» zu erwähnen. Er definiert die Pfandbriefe als Schuldverschreibungen, welche von einem hierzu berechtigten Hypothekengläubiger auf Grund einer besonderen, aus Hypotheken bestehenden Deckung ausgegeben werden und in einem gewissen sichernden Rechtsverhältnis zu dieser Deckungsmasse stehen.

Wenn wir nun diese Definitionen auf das ihnen gemeinsame hin untersuchen, so ist zunächst festzustellen, dass sämtliche Umschreibungen den Pfandbrief als eine Schuldverschreibung charakterisieren, also als eine Urkunde, deren Aussteller dem Inhaber der Urkunde oder einer darin genannten Person eine Geldleistung verspricht.

Ferner sehen alle Definitionen im Pfandbrief eine Schuldverschreibung, die sichergestellt ist durch bestimmte Vermögenswerte des sie ausgebenden Schuldners. Ueber diese Vermögenswerte ist zu sagen, dass es nicht beliebige Vermögenswerte des Schuldners sind, die zur Sicherstellung dienen sollen, sondern dass es Grundpfandforderungen sind.

Was nun aber die rechtliche Form dieser Sicherstellung anbelangt, so gehen die angeführten Definitionen auseinander. Die eine führt die Sicherstellung in der Form des Forderungspfandes an, die andere lässt die Pfandbriefe sicherstellen durch ein gesetzliches Pfandrecht. Eine dritte endlich spricht von Faustpfandbesitz seitens des Pfandbriefausgebers zugunsten der Pfandbriefinhaber.

Unseres Erachtens sind diese Definitionen des Pfandbriefes zu eng gefasst und beziehen sich bloss auf einen durch eine bestimmte Gesetzgebung geschaffenen oder durch einen Entwurf zu schaffenden Pfandbrief. Als solche können sie natürlich nicht als eine allgemeine Umschreibung des Pfandbriefes überhaupt Geltung haben. Denn eine Schuldverschreibung kann auch dann Pfandbrief sein, wenn die rechtliche Form der Sicherstellung nicht bloss die des gesetzlichen Pfandrechtes oder des Forderungspfandes ist; diese kann beispielsweise auch ein Konkursprivileg sein.

Aus diesem Grunde möchten wir den Pfandbrief definieren als «Schuldverschreibung, die auf Grund einer Deckung von Grundpfandwerten ausgegeben wird und die durch diese Grundpfandwerte in irgend einer rechtlichen Form sichergestellt ist».

Damit stimmen wir im wesentlichen mit der Definition von Lamazure überein, ohne jedoch ganz mit ihm einig zu gehen. Wenn Lamazure vom Pfandbrief als von einer Schuldverschreibung, zu deren Ausgabe ein Hypothekengläubiger berechtigt ist, spricht, dann ist er offenbar der Ansicht, dass nicht jeder Hypothekengläubiger zu der Ausgabe von Pfandbriefen schreiten darf. Pfandbriefe darf er erst ausgeben, wenn er hierzu berechtigt ist. Diese Berechtigung aber müsste offenbar von einer staatlichen Behörde erteilt werden oder aber sie könnte entstehen, nachdem der Hypothekengläubiger die Bedingungen, die für die Ausgabe von Pfandbriefen vom Gesetzgeber aufgestellt würden, erfüllt

hätte. (Der Entwurf des Bundesrates vereinigt beide Prinzipien.)

Unseres Erachtens ist nun aber dieses Erfordernis dem Begriff des Pfandbriefes nicht wesentlich. Ob man die Ausgabe von Pfandbriefen von der Erfüllung gewisser Bedingungen oder von einer seitens einer Behörde erteilten Befugnis abhängig macht oder sie jedem vollkommen frei überlässt, ist nach unserer Ansicht eine Frage der Organisation und nicht eine Frage des Begriffes und des Wesens der Pfandbriefe. Das Wesen der Pfandbriefe erschöpft sich in dem eigentümlichen Zurverfügungstehen eines Teils des Vermögens des Schuldners zugunsten der Pfandbriefinhaber (Deckung) und in der Verbindung von Pfandbriefforderung und Deckung durch ein vom Recht anerkanntes und geschütztes Sicherungsmittel zum Schutze der ersteren.

I.

Der Begriff des Pfandbriefes im schweizerischen Recht.

1. Im Entwurf von Boivin, im Teilentwurf zum Z. G. B. und im Z. G. B.

Die Bezeichnung «Pfandbrief» geht nicht bloss auf den Zeitpunkt zurück, da dieser Begriff in der schweizerischen Gesetzessprache auftauchte. Schon geraume Zeit vorher haben die schweizerische Bodenkreditanstalt in Zürich als erste und die schweizerische Bodenkreditbank in Basel Pfandbriefanleihen zur Finanzierung ihres Hypothekargeschäftes ausgegeben. Wieweit diese Anleihen ihre Bezeichnung «Pfandbriefanleihen» verdienten, werden wir sehen. Die Partialen dieser Anleihen waren also zunächst einfache Schuldverschreibungen, d. h. als Wertpapier ausgestaltete Urkunden, in denen der Aussteller bezeugt, dem Inhaber eine gewisse Summe zu schulden, die auf einen bestimmten Termin kündbar ist und bis dahin vom Schuldner zu einem festen Zinsfuss verzinst wird. Zunächst haftete der Schuldner für diese Schuldverschreibungen mit seinem ganzen Vermögen. Da nun diese Anleihen langfristig waren (z. B. 1907 ausgegebene Pfandbriefe der Bodenkreditanstalt sind nach 10 Jahren kündbar), der anlagesuchende Kapitalist aber sein Geld nicht für lange Zeit festlegen will, ohne besondere Vorteile gegenüber kurzfristigen Anlagen gleicher Art zu erhalten, gab man diesen Anleihen ein Faustpfandrecht an der Bank zustehenden Hypothekarforderungen, die mindestens die Höhe der im Umlauf befindlichen Anleihenstitel erreichten. Für die Bestellung eines Faustpfandes war damals noch das alte O. R. massgebend. Die bezüglichen Artikel waren:

214: Zur Verpfändung von Wechseln und andern indossablen Papieren ist die Uebergabe des indossierten Papiers an den Faustpfandgläubiger erforderlich.

213: Zur Verpfändung einer andern Forderung ist notwendig, dass der Schuldner davon benachrichtigt, ein etwa vorhandener Schuldschein an den Pfandgläubiger übergeben und die Verpfändung schriftlich beurkundet worden sei.

210: Ein Pfandrecht an beweglichen Sachen oder an Inhaberpapieren kann nur als Faustpfand bestellt werden. Die Bestellung geschieht durch Uebergabe der Sache an den Pfandgläubiger oder an einen Stellvertreter desselben.

Gemeinsam für alle drei Kategorien von Titeln, seien es Inhaber-, Order- oder sonstige Titel bestand also die Bestimmung, dass es zur Begründung eines Faustpfandrechtes an ihnen der Uebergabe an den Pfandgläubiger bedurfte, sodass dieser den unmittelbaren Besitz über die Titel ausübte. Ist nur ein Pfandgläubiger vorhanden, dann lässt sich eine solche Pfandbestellung leicht ausführen. Sind aber mehrere Gläubiger vorhanden, wie dies bei einem Anleihen der Fall ist, dann ist dieses Vorgehen unmöglich. Das Gesetz gab für diesen Fall keine Lösung. Mangels gesetzlicher Grundlage mussten daher auf dem Wege der vertraglichen Vereinbarung die nötigen Voraussetzungen geschaffen werden. Dies geschah dadurch, dass mit den Anleihensgläubigern ein Vertrag geschlossen wurde, wonach die den Gläubigern verpfändeten Titel einem Treuhänder übergeben werden sollten.

Als Beispeil mögen hier die Bestimmungen, die die Pfandbriefe der schweizerischen Bodenkreditanstalt enthalten, angeführt werden:

«Die schweizerische Bodenkreditanstalt verpflichtet sich zur speziellen Sicherheit für die sämtlichen von ihr ausgegebenen Pfandbriefe bei der schweizerischen Kreditanstalt in Zürich für Rechnung der jeweiligen Pfandbriefinhaber Schuld- und Pfandurkunden über Darlehen mit normaler Grundpfandsicherheit, und zwar mindestens in der Höhe der ausgegebenen Pfandbriefe, als Faustpfand zu hinterlegen. Sämtliche ausgegebenen Pfandbriefe sind an den jeweiligen zu Faustpfand hinterlegten Hypothekartiteln unter sich gleichmässig pfandberechtigt, ohne Vorzug der Pfandbriefe einzelner Serien vor denjenigen einer andern Serie.

Die Pfandbriefinhaber bestellen durch die blosse Tatsache der Entgegennahme der Pfandbriefe die schweizerische Kreditanstalt zu ihrem rechtlichen Vertreter und ermächtigen sie insbesondere, als Faustpfand hinterlegte Hypothekartitel der schweizerischen Bodenkreditanstalt auf deren Ansuchen wieder auszuliefern, wenn der Nominalbetrag der verbleibenden Faustpfänder trotzdem nicht weniger beträgt als der Nennwert der im Umlauf befindlichen Pfandbriefe, oder wenn bis zur Höhe dieses Nennwertes andere Schuld- und Pfandurkunden über Darlehen mit normaler Grundpfandsicherheit übergeben werden».

Ferner enthält dieser Pfandbrief folgende Erklärung des Vertreters der Gläubiger, der schweizerischen Kreditanstalt: «Die schweizerische Kreditanstalt bescheinigt hiermit, dass ihr von der schwezierischen Bodenkreditanstalt zur Sicherstellung für sämtliche im Umlauf befindlichen Pfandbriefe der letztern Schuldurkunden über Grundpfanddarlehen von mindestens gleichem

Gesamtbetrage als Faustpfand übergeben worden sind, welche nach den bei der Uebergabe geleisteten Ausweisen formell den Bestimmungen des Reglementes der schweizerischen Bodenkreditanstalt über die Bewilligung von Darlehen mit normaler Grundpfandsicherheit entsprechen. Die Schweizerische Kreditanstalt übt den Faustpfandbesitz an diesen Schuld- und Hypothekarurkunden für Rechnung der jeweiligen Pfandinhaber im Sinne der Bestimmungen dieses Pfandbriefes aus und wird demgemäss der schweizerischen Bodenkreditanstalt die Verfügung über einzelne ihr übergebene Hypothekartitel nur dann gestatten, wenn an deren Stelle andere Titel von mindestens gleichem Nominalbetrage eingeliefert werden, oder der Betrag der umlaufenden Pfandbriefe vorher um den Nominalbetrag der auszuliefernden Hypothekartitel vermindert worden ist. Dagegen erstreckt sich die Verantwortlichkeit der schweizerischen Kreditanstalt nicht auch zugleich auf die Güte und Einbringlichkeit der ihr als Faustpfand für die Pfandbriefe übergebenen Hypothekartitel».

Damit sehen wir aber auch, dass diese Pfandbriefe ihren Titel «Pfandbrief» zu Recht tragen. Denn wenn man als Pfandbrief diejenigen Anleihensobligationen begreift, die durch grundpfandversicherte Forderungen des Anleihensschuldners speziell gedeckt sind und zu diesen in einer rechtlichen Beziehung stehen, so erfüllen die beiden oben besprochenen Pfandbriefe diese Voraussetzungen.

Denn erstens sind aus dem Vermögen der beiden Bodenkreditbanken bestimmte Vermögensteile ausgeschieden, die zur Deckung der Pfandbriefe dienen sollen. Es sind dies die im Pfandbrieftext erwähnten Schuld- und Pfandurkunden über Darlehen mit normaler Grundpfandsicherheit. Solche Sicherheiten müssen mindestens im Nominalwert der ausgegebenen Pfandbriefe ausgesondert werden. Allein mit dieser blossen Aussonderung und Deckung wäre der Begriff des Pfandbriefes, wie er feststeht, noch nicht erfüllt. Es muss zwischen der Deckung und den Pfandbriefen eine rechtliche Beziehung bestehen. Diese rechtliche Beziehung wurde in beiden Fällen (Schweiz. Bodenkreditanstalt und Bodenkreditbank) durch ein den Pfandbriefgläubigern gewährtes Faustpfandrecht an den zur Deckung ausgeschiedenen Vermögenswerten hergestellt. Damit haben wir eine Anleihensobligation vor uns, die zwar vielleicht nicht die vollkommenste Form des Pfandbriefes darstellt, aber immerhin unter den Begriff des Pfandbriefes zu subsumieren ist.

Dies sind unseres Wissens die beiden einzigen Versuche, auf Grund von Vertrag zwischen Anleihensschuldner und Anleihensgläubiger einen Pfandbrief zu schaffen.

Betreffend die Schaffung einer Anleihensobligation mit pfandbriefähnlicher Natur auf gesetzlicher Grundlage sind zwei Erscheinungen zu erwähnen. Einmal die cédules der caisse hypothécaire du Canton de Genève. Diese cédules sind ebenfalls Anleihensobligationen, die im Falle der Liquidation der caisse hypothécaire ein Vorrecht auf Befriedigung aus den bei dieser liegenden Hypothekarforderungen haben, also eine Art Konkursprivileg.

Ferner kommen in Betracht die Obligationen der caisse hypothécaire et d'Epargne du Canton du Valais. Gemäss den Statuten dieser Hypothekarkasse werden diese Obligationen folgendermassen sichergestellt: «Ces cédules sont garanties par l'ensemble des prêts hypothécaires de l'établissement».

Wir haben oben angedeutet, dass diese beiden Obligationen pfandbrieflicher Natur sind; mit Absicht, denn diese Obligationen können nicht unter den Begriff des Pfandbriefes subsumiert werden. Denn zum Unterschied von den Obligationen der beiden andern Hypothekarbanken (Bodenkreditanstalt und Bodenkreditbank) fehlt das Begriffsmerkmal der Deckung. Es ist wohl eine rechtliche Beziehung zu gewissen Vermögenswerten da (z. B. ein Konkursprivileg), allein diese Vermögenswerte werden nicht unter dem Gesichtspunkt der Deckung verwaltet, erworben und veräussert, wie dies bei den Hypothekarforderungen der beiden Bodenkreditbanken der Fall ist, wo das Moment der Deckung sich typisch darin zeigt, dass bei Entnahme eines Hypothekarwertes aus der pfandverhafteten Vermögensmasse sofort wieder ein anderer gleich hoher Wert an dessen Stelle zu treten hat oder aber die entsprechende Zahl von Pfandbriefen aus dem Umlauf gezogen werden muss. (Siehe den oben angegebenen Text eines solchen Pfandbriefes.)

Seit Inkrafttreten des Z. G. B. im Jahre 1912 bestand die Möglichkeit der freien Ausgabe derartiger Pfandbriefanleihen nicht mehr, da das Z. G. B. die Ausgabe an bestimmte Voraussetzungen knüpfte und ebenfalls einen fest umrissenen Begriff des Pfandbriefes aufstellte.

Artikel 916 des Z. G. B. lautet: Die von der zuständigen kantonalen Behörde bezeichneten Anstalten für den Grundpfandverkehr können Pfandbriefe ausgeben mit Pfandrecht an den ihnen gehörenden Grundpfandtiteln und an andern ihrem ordentlichen Geschäftskreis entspringenden Forderungen, ohne dass ein besonderer Verpfändungsvertrag und die Uebergabe der Pfandtitel und Urkunden notwendig ist.

Der Begriff des Pfandbriefes, wie er hier steht, geht zurück auf den Entwurf von Huber von 1898. Was die Regelung der

Pfandbriefe anbelangt, so stützte sich Huber vornehmlich auf einen Entwurf von Boivin, Direktor der Banque foncière du Jura in Basel, vom 18. Februar 1897.

Boivin wollte den Pfandbrief ebenfalls als Wertpapier ausgestalten (Anleihensobligation), das auf den Inhaber oder auf den Namen lautete (Vorschlag Art. 3).

Was die rechtliche Form der Sicherung der Pfandbriefe anbelangt, so sagt Art. 2 des Vorschlages: «Die von den unter Art. 1 erwähnten Banken ausgegebenen Pfandbriefe haben im Konkurs der Bank ein ausschliessliches Pfandrecht an den der Bank . . .»

Artikel 2 spricht also von einem Pfandrecht, das allerdings erst im Konkurs zur Geltung kommen soll. Vor dem Konkursfall übt also dieses Pfandrecht gar keine Wirkung aus. Es besteht vorher gar nicht. Der Nachteil einer solchen Ordnung ist der, dass vor dem Konkursfall die der Bank zustehenden Hypothekarforderungen den Pfandbriefgläubigern nicht dinglich verhaftet sind. Dieser Nachteil sollte dann allerdings aufgehoben werden dadurch, dass der Vorschlag in Artikel 8 vorsah, dass alle ausgegebenen Pfandbriefe durch Hypothekarforderungen gedeckt sein sollten. Dazu kam dann noch eine ziemlich eingehende Kontrolle des Bundesrates, Art. 11, Art. 12.

Wenn also solche der Deckung angehörende Titel von der Bank veräussert oder verpfändet werden, so gehören sie nicht mehr zu der Deckung der Pfandbriefe, weil eben kein dingliches Recht auf ihnen lastet. Dies sogenannte Pfandrecht hat nicht die Wirkungen, die man sonst von einem Pfandrecht verlangt, dass nämlich das Pfandrecht eine Forderung sicherstellen soll. Es wird daher in den allermeisten Fällen im Zeitpunkt der Entstehung der Forderung begründet, denn das Pfandrecht soll ja schon die noch nicht fällige Forderung sicherstellen, um dem Gläubiger schon während der Laufzeit eine gewisse Garantie zu bieten, dass er einen Wert, der dem der Forderung gleichkommt, bei Fälligkeit der Forderung erhalten wird. Wird nun ein Pfandrecht erst mit dem Eintritt des Konkurses des Schuldners errichtet, so ist der Gläubiger bloss auf die Werte angewiesen, die im Zeitpunkt des Konkurses noch zufällig im Vermögen des Schuldners sind und die vom Gesetz zur Deckung seiner Ansprüche bezeichnet werden. Der Gläubiger ist also, was die Sicherung seiner Ansprüche anbelangt, ganz und gar auf das Verhalten des Schuldners angewiesen, ihm ganz ausgeliefert. Das Pfandrecht jedoch bezweckt gerade das Gegenteil. Es will den Gläubiger von der Vermögensgebarung des Schuldners unabhängig machen und zugleich den Schuldner dazu anhalten, seinen Verpflichtungen rechtmässig und zur rechten Zeit nachzukommen.

Betrachten wir nun das Pfandrecht, das Boivin den Pfandbriefgläubigern geben will, von diesen Gesichtspunkten aus, so müssen wir daraus schliessen, dass dieses «Pfandrecht» gar kein Pfandrecht ist, sondern dass diese Sicherung die Natur eines Konkursprivilegs aufweist. Die Wirkung dieses Konkursprivilegs wäre dann eben die jedes andern Konkursprivilegs: Die Pfandbriefgläubiger hätten ein Recht auf Befriedigung vor allen anderen Gläubigern und zwar aus denjenigen Vermögensstücken, die das Gesetz dazu bestimmen würde: An den der Ausgabestelle der Pfandbriefe zustehenden Hypothekarforderungen etc.

Sehen wir nun, wie Huber die rechtliche Form der Sicherung der Pfandbrieforderungen zu gestalten gedachte. Artikel 1045 des dritten Teilentwurfs zum Z. G. B. lautet: «Die Pfandbriefe gewähren ihren Gläubigern ein Pfandrecht an den im Eigentum der Pfandbriefanstalten stehenden Grundpfandtiteln, sowie an deren Darlehensforderungen, die dem ordentlichen Geschäftskreis entspringen.»

Hier ist klar und deutlich festgelegt, dass die Pfandbriefgläubiger ein Pfandrecht und zwar nicht ein auf Vertrag beruhendes, sondern ein gesetzliches Pfandrecht an den der Ausgabestelle zustehenden Grundpfandtiteln haben.

Das schweizerische Z. G. B. geht noch etwas weiter in der Umschreibung des Pfandbriefes. Siehe Art. 916.

Danach haben die Pfandbriefe ein gesetzliches Pfandrecht.

Ferner ist ein Verpfändungsvertrag nicht notwendig und ebenfalls nicht die Uebergabe der Titel.

2. *Im Entwurf des Bundesrates zu einem Bundesgesetz über die Ausgabe von Pfandbriefen.*

(Vom 14. Dezember 1925)

Der Entwurf eines Bundesgesetzes über die Ausgabe von Pfandbriefen gibt keine feste Umschreibung. Der Begriff des Pfandbriefes muss sich daher aus dem Inhalt der Bestimmungen des Entwurfes ableiten lassen.

Es ergibt sich dann folgende Begriffsbestimmung des Pfandbriefes: Der Pfandbrief ist eine durch ein vom Bunde konzessioniertes Institut herausgegebene Anleihensobligation, die durch grundpfandversicherte Forderungen der Ausgabestelle voll gedeckt ist und an diesen Forderungen ein gesetzliches Pfandrecht hat, wobei diese grundpfandversicherten Forderungen im Besitz der Ausgabestelle bleiben.

Der Pfandbrief ist also zunächst eine Anleihensobligation. Ueber den Begriff des Anleihens gibt uns weder das Z. G. B. noch

das O. R. Aufschluss. Wir sind daher ganz auf die wissenschaftliche Bearbeitung dieses Begriffes, die auf Grund der Auslegung von Z. G. B. Art. 875—83 erfolgte, angewiesen.

Im Kommentar über das Sachenrecht von Gmür ist die Anleihe folgendermassen umschrieben: Sie ist ein Vorgang, durch welchen eine physische oder juristische Person oder eine Personengemeinschaft dem Publikum Schuldverschreibungen anbietet, um durch deren Verwertung sich Geld zu beschaffen.

Im besondern werden drei Erfordernisse für die Anleihe festgesetzt:

1) Es muss sich handeln um die Ausgabe einer relativ grossen Anzahl von Titeln. Der Betrag dieser Titel muss ebenfalls verhältnismässig gross sein.

2) Die Anleihe mus öffentlich sein, d. h. an das Publikum gelangen.

Es muss dem Anleihenehmer gleichgültig sein, wer sein Gläubiger wird.

3) Die Titel müssen den gleichen Rechtsgrund haben, sodass die in den einzelnen Titeln verbrieften Forderungen als Teile eines einheitlichen Darlehens aufgefasst werden.

Als nicht notwendig für den Begriff der Anleihe wird erachtet, dass die Anleihenssumme unter den gleichen Bedingungen aufgenommen wird.

Ganz im Gegensatz zu letzterer Formulierung steht Hugo Brunner (die öffentliche Anleihe und die Organisation der Anleihegläubiger). Brunner definiert die Anleihe folgendermassen: Oeffentliche Anleihe ist eine Anleihe, welche in der Regel auf ein öffentliches Ausschreiben hin bei einer unbestimmten Vielheit von Personen in der Weise nachgesucht wird, dass die als einheitlich gedachte Anleihenssumme von vielen unter gleichen Bedingungen geleistet wird.

Für Brunner ist ein Hautpmerkmal der Anleihe eben gerade das, dass die Anleihenssumme unter gleichen Bedingungen aufgenommen wird. Wird also z. B. eine Anleihenssumme in zwei Serien geteilt, wobei die eine pfandgesichert ist, die andere nicht, dann betrachtet Brunner diese Anleihe nicht als einheitlich, sondern jede Serie ist dann eine Anleihe für sich.

Eugen Huber hat sich ebenfalls mit dem Begriff des Anleihens beschäftigt anlässlich eines Referates im bernischen Juristenverein über die Gläubigergemeinschaft im schweizerischen O. R. (Z. B. J. V. 1917 S. 550).

Huber führt in Bezug auf das Anleihen drei Wesensmerkmale auf:

1) Das Versprechen des Schuldners an eine Mehrheit von Personen, jeden als Gläubiger für einen gewissen Betrag anzuerkennen.

2) Ausgestaltung der Teilforderungen mit selbständiger Negotiabilität (namentlich Inhaberpapiere mit öffentlichem Glauben).

3) Es muss sich beim Anleihen um eine grosse Gesamtsumme handeln.

Von einheitlichen Bedingungen, unter denen jeder Titel ausgegeben werden soll, sagt Huber bei der Aufzählung der Merkmale nichts.

An einer Stelle spricht er allerdings von «einheitlichen Anleihensbedingungen» für alle Titel, nämlich da, wo er die Voraussetzungen der Gläubigergemeinschaft betrachtet. Allein gerade aus dieser Stelle scheint hervorzugehen, dass Huber die einheitlichen Anleihensbedingungen nicht als notwendig im Begriff der Anleihe liegend betrachtet. Denn würde er annehmen, dass einheitliche Anleihensbedingungen zum Wesen des Anleihebegriffs gehören, würde er nicht speziell darauf hinweisen, dass Voraussetzung der Gläubigergemeinschaft eine Anleihe sei mit einheitlichen Bedingungen für jeden Titel.

In der Tat scheint dieses Merkmal nicht notwendig zu sein. Kommt es doch in Bezug auf die Einheitlichkeit auf den Rechtsgrund an. Haben alle Titel denselben Rechtsgrund, bilden sie zusammen die Teile eines Darlehens, dann sind sie zusammen eine einheitliche Anleihe, wenn auch nicht alle Titel mit denselben Bedingungen ausgegeben werden.

Wir gehen also einig mit den Ausführungen Hubers und dem Kommentar von Gmür.

Der Pfandbriefgesetzentwurf erwähnt nirgends das Wort Anleihen. Er spricht bloss von der Ausgabe von Pfandbriefen (Entw. Artikel 1, 2). Allein der Natur des Institutes entsprechend geht die Ausgabe in Form von Anleihen vor sich. Der wirtschaftliche Zweck ist unter anderm ja auch der, durch die Pfandbriefausgabe kleine und kleinste Kapitalpartikelchen hervorzuholen und sie der Finanzierung des Hypothekarkredites zuzuführen. Dazu ist aber nötig, eine grosse Anzahl von Titeln auf den Mark zu werfen, die einen grossen Betrag ausmachen. Ebenfalls wird es der Ausgabestelle nicht auf die Person des Gläubigers ankommen. Dies wäre nur dann der Fall, wenn die ausgebende Bank fürchten müsste, dass die Titel in Hände von Spekulanten kämen, d. h. von Leuten, die die Titel nur kaufen, um sie nach gewisser Zeit mit Kursgewinn wieder zu verkaufen und nicht um daran eine solide und dauernde Kapitalanlage zu haben. Nun wird aber der Pfandbrief vermöge seines stabilen Zinsfusses und nicht zuletzt ver-

möge seiner Sicherung kein Spekulationspapier abgeben, wie ja überhaupt festverzinsliche Papiere in der Regel nicht Objekt der Spekulation sind. Die Pfandbriefe können also sehr wohl öffentlich ausgegeben werden, d. h. die Ausgabe kann sich an eine unbestimmte Zahl von Personen (an das Publikum) wenden (Gmür S. 1046).

Betreffend den gleichen Rechtsgrund der Pfandbrieftitel ist folgendes zu sagen:

Zu Beginn der Tätigkeit der pfandbriefausgebenden Anstalt wird das primäre die Gewährung von Hypothekardarlehen sein. Die Pfandbriefausgabe kann es nicht sein, weil die Pfandbriefe jederzeit voll gedeckt sein müssen und diese Deckung würde eben fehlen, wenn Pfandbriefe vor der Darlehensgewährung ausgegeben würden, es sei denn, man lasse das Versprechen, die durch die Pfandbriefausgabe gewonnenen Gelder nur in Hypothekardarlehen anzulegen, für Deckung gelten.

Uns scheint aber doch das sichere Vorgehen, zuerst die positive Grundlage für die Pfandbriefausgabe zu schaffen. Die Mittel dazu können, wie der Expertenbericht auf Seite 145 sagt, aus dem Grundkapital gewonnen werden oder aber dadurch, dass Banken der pfandbriefausgebenden Anstalt Kredite gewähren bis zum Zeitpunkt der Pfandbriefausgabe. Ist dann einmal ein genügend grosser Stock von grundpfandgesicherten Darlehensforderungen da, so kann zur Pfandbriefausgabe geschritten werden und zwar bis zu dem Betrag, dass die Pfandbriefe durch die Darlehensforderungen gedeckt sind. Die so ausgegebenen Pfandbriefe haben alle denselben Rechtsgrund: Das einheitliche Darlehen, das aufgenommen wurde.

Die Voraussetzungen, die für die Anleihe im allgemeinen aufgestellt werden, lassen sich sehr wohl auf die Pfandbriefausgabe anwenden, so dass wir zum Schluss kommen, dass die Pfandbriefausgabe in der Form der Anleihe am zweckmässigsten vor sich gehen wird.

Diese Art der Ausgabe hat dann auch zur Folge, dass der Entwurf in Art. 27 vorsieht, dass die Pfandbriefgläubiger, deren Pfandbriefe gleiche Zins- und Rückzahlungsbedingungen aufweisen, unter den Bestimmungen über die Gläubigergemeinschaft bei Anleihensobligationen stehen.

Im übrigen hat, abgesehen von obiger Wirkung (Gläubigerorganisation) die Wahl der Anleihensform zur Ausgabe von Pfandbriefen keine grosse rechtliche Bedeutung. Sie könnte höchstens dann eine Bedeutung erlangen, wenn etwa die verschiedenen Anleihen bloss in der Reihenfolge ihrer Ausgabe das Pfandrecht ausüben könnten. Um über diesen Punkt keine Zweifel auf-

kommen zu lassen, sieht der Entwurf vor, dass am Pfandrecht alle Pfandbriefe ohne Rücksicht auf den Zeitpunkt ihrer Ausgabe teilnehmen können (Entw. Art. 26).

Diese Anleihen nun werden in Partialen zerlegt; ein solches Teilstück eines als Anleihe einheitlich aufgenommenen Darlehens ist eine Anleihensobligation. Die Anleihensobligationen müssen ihrer Natur nach Wertpapiere sein, d. h. Urkunden, ohne die das in ihnen verbriefte Recht nicht geltend gemacht noch übertragen noch verwertet werden kann.

Es kann ja eigentlich kein Zweifel darüber bestehen, dass der Pfandbrief als Wertappier ausgestaltet wird. Der Pfandbrief ist für den Gläubiger unkündbar. Es würde daher für den Käufer von Pfandbriefen unter Umständen eine allzulange Festlegung seiner Mittel bedeuten, wenn er nicht im Stande wäre, seine Forderung gegen die pfandbriefausgebende Bank jederzeit und unter leichten Voraussetzungen zu veräussern. Um nun dem eventuellen Bedürfnis des Käufers von Pfandbriefen, seine Forderung rasch in flüssige Mittel zu verwandeln, Rechnung zu tragen, hat man dem Pfandbrief diejenige rechtliche Form gegeben, die einen raschen Wechsel von Hand zu Hand möglich macht; man hat ihn in die Form des Wertpapieres gekleidet. Forderung und Urkunde werden also auch beim Pfandbrief genau so mit einander verknüpft sein, wie bei einem andern Wertpapier.

Wird der Pfandbrief als Wertpapier ausgestaltet, dann kann dies geschehen in der Form des Inhaber- oder des Namenpfandbriefes; der Inhaberpfandbrief mehr als vorübergehende Geldanlage, der Namenpfandbrief, als die schwerfälligere Form des Wertpapiers, mehr als dauernde Anlage.

Bereits der dritte Teilentwurf zum Z. G. B. sah dies vor, ebenfalls der Vorentwurf von 1900. Das Z. G. B. sieht in Art. 917 gleichfalls Inhaber- und Namenpfandbriefe vor. Im Entwurf des Bundesrates siehe Art. 9.

a) Der Inhaberpfandbrief: Er wird die beweglichste Form des Pfandbriefes darstellen. Der Gesetzgeber musste keine Spezialnormen aufstellen, um den Verkehr mit Inhaberpfandbriefen noch besonders zu erleichtern. Es kommen in Betracht die Normen des O. R. über Inhaberpapiere; ferner, was Besitz und Eigentum an den Pfandbriefen anbelangt, die betreffenden Normen des Z. G. B. Art. 899 ff. — Zur Uebertragung ist also blosse Uebergabe des Papiers erforderlich. Der Inhaber des Pfandbriefes gilt als forderungsberechtigt gegenüber der pfandbriefausgebenden Bank und zwar in dem Umfang, der aus dem Inhalt der Urkunde hervorgeht. Die Einreden der pfandbriefausgebenden Bank gegen den Inhaber des Pfandbriefes sind beschränkt. Es sind

bloss die Einreden möglich, die die Gültigkeit des betreffenden Pfandbriefes bestreiten oder aber solche, die sich aus dem Pfandbrief heraus ergeben. So zum Beispiel die Einrede, der zur Einlösung vorgewiesene Pfandbrief sei noch nicht fällig oder die im Pfandbrief verkörperte Forderung sei verjährt.

Was die Verpfändung der Inhaberpfandbriefe anbelangt, so kommen die Normen des Z. G. B. 899 ff. in Betracht. Es genügt demnach die blosse Uebergabe der Inhaberpfandbriefe an den Pfandgläubiger.

b) Der Namenpfandbrief: Wie wir oben schon angedeutet haben, wird dies diejenige Form des Pfandbriefes sein, die sich am besten zu dauernder Anlage eignet, infolge der gegenüber dem Inhaberpfandbrief erschwerten Uebertragungsbedingungen. Zu der Uebertragung des Namenpfandbriefes ist die Zession nötig, verbunden mit der Uebergabe des Pfandbrieftitels. Neben dieser allgemein gültigen und daher im Entwurf nicht eigens erwähnten Uebertragungsform, sieht nun der Entwurf vor, dass der Namenpfandbrief ebenfalls durch Indossament übertragen werden kann. Es bedeutet dies einen grossen Vorteil gegenüber der schwerfälligen Uebertragungsform der Zession und nähert den Namenpfandbrief in der Negotiabilität dem Inhaberpfandbrief ohne aber die Vorteile des Namenwertpapiers preiszugeben.

Nun ist allerdings zu bemerken, dass das Indossament ein Institut des Wechselrechtes ist. Als solchem kommen ihm dort zwei Funktionen zu: Die Transportfunktion und die Garantiefunktion. Was die Transportfunktion anbelangt, so ist zu bemerken, dass sie ohne weiteres bei der Uebertragung des Pfandbriefes dem Indossament zukommt. Mit dem Indossament gehen sämtliche Rechte aus dem Pfandbrief auf den Indossatar über.

Wie steht es nun aber mit der Garantiefunktion? Bekanntlich besteht diese beim Wechsel darin, dass der Indossant für Annahme und Zahlung des Wechsels haftet. Ist nun die Garantiefunktion auch beim Indossament des Pfandbriefes anzunehmen?

Wenn wir uns vergegenwärtigen, dass die Laufzeit des Pfandbriefes eine relativ lange ist, so würde es unbillig erscheinen, jeweils den Indossanten für die Einlösung des Pfandbriefes haften zu lassen. Denn der Indossant würde dann solange haften als der Pfandbrief im Umlauf wäre. Eine Zeit, die im Vergleich zur Haftungsdauer aus dem Wechselindossament, die ordentlicherweise höchstens drei Monate beträgt, sehr lang erscheint. Damit würde aber auch die Anwendung der leichteren Form der Uebertragung durch Indossament illusorisch. Die vom Gesetz gewollte Wirkung wäre nicht erreicht.

Das Indossament, als Uebertragungsform für typisch kurzfristige Wertpapiere, wie der Wechsel ist, hat also beim Pfandbrief nicht dieselben Funktionen. Wohl kommt ihm die Transportfunktion zu, nicht aber die Garantiefunktion. Wird nun der Namenpfandbrief mit Indossament übertragen, so genügt die Uebergabe des indossierten Titels.

Man kann sich nun noch fragen, ob auch die verschiedenen Formen des Indossamentes beim Pfandbreif zugelassen sind, d. h. ob neben dem Namenindossament auch das Blankoindossament zulässig ist. Betrachten wir diese Frage vom Standpunkt der Zirkulationsfähigkeit des Pfandbriefes aus, dann muss das Blankoindossament als zulässig erscheinen. Denn das Blankoindossament nähert den Namenpfandbrief noch mehr dem Inhaberpfandbrief als das Namenindossament. Der Namenpfandbriefeigentümer kann einen blankoindossierten Pfandbrief veräussern, ohne sein Indossament darauf zu setzen, d. h. durch blosse Uebergabe des Pfandbriefes, der auf den Namen einer bestimmten Person lautet.

Verpfändung der Namenbriefe: Es kommt in Betracht Art. 901 Z. G. B. Demnach ist erforderlich, die Uebergabe des Pfandbriefes an den Pfandgläubiger mit einer Abtretungserklärung oder aber mit Indossament.

II.

Das Pfandrecht der Pfandbriefe.

1) Im Teilentwurf.

Mit der Betrachtung des Pfandrechtes als Wesensmerkmal des Pfandbriefes, wie es sich aus dem Entwurf zu einem Pfandbriefgesetz ergibt, kommen wir zum Hauptpunkt der gesetzlichen Regelung dieser Materie. Die rechtliche Gestaltung dieses Pfandrechtes, wie sie heute im Entwurf vorliegt, war eigentlich schon mit dem Auftauchen des Pfandbriefgedankens in der Schweiz gegeben.

Im dritten Teilentwurf zum Z. G. B. von 1898 ist unter dem 27. Titel der 5. Abschnitt den Pfandbriefen gewidmet. Art. 1045 regelt das Pfandrecht der Pfandbriefe. Es heisst dort: «Die Pfandbriefe gewähren ihren Gläubigern ein Pfandrecht an den im Eigentum der Pfandbriefanstalten stehenden Grundpfandtiteln, sowie an deren Darlehensforderungen, die dem ordentlichen Geschäftskreis entspringen.» Hier wird also ein gesetzliches Pfandrecht statuiert. Nicht ganz klar aus dem Wortlaut der Bestimmung geht hervor, ob die verpfändeten Grundpfandtitel im Gewahrsam des Verpfänders bleiben oder nicht. Der Artikel besagt bloss, dass das Pfandrecht an den im Eigentum der Pfandbriefanstalten stehenden Grundpfandtiteln bestehe. Die Erläuterungen geben allerdings dann Aufschluss, wie die Art und Weise der Verpfändung vorgesehen ist. Es heisst da im Abschnitt über die Pfandbriefe folgendermassen: «Da unser Entwurf in Uebereinstimmung mit dem geltenden Recht das Faustpfand als die Grundlage des Pfandrechts an Fahrnis darstellt, liegt in der Anerkennung eines Pfandrechtes an Wertpapieren, die im Besitze des Schuldners sind, eine Ausnahme von der Regel, die aus besonderen Gründen sich rechtfertigen muss». Weiter unten fährt dann Huber in seinen Erläuterungen fort: «So bleibt dann, damit die Sicherung der Pfandbriefe der Hypothekenbanken eingeführt werden kann, nichts anderes übrig, als ein eigenes Fahrnispfandrecht für sie zu schaffen!»

Aus diesen beiden Stellen ist zu ersehen, dass schon Huber damals die Absicht hatte, die verpfändeten Hypothekartitel beim Pfandbriefschuldner zu lassen und also insofern eine Ausnahme vom gewöhnlichen zivilen Fahrnispfandrecht zu machen. Eine

Ausnahme, die übrigens nicht allein dagewesen wäre, denn schon damals bestand die Viehverpfändung, die laut 2103 a. O. R. dem kantonalen Recht überlassen war, und wonach zur Viehpfändung bloss die Eintragung in öffentliche Bücher genügte. Eine andere Ausnahme vom gewöhnlichen Faustpfandrecht waren die ebenfalls dem kantonalen Rechte überlassenen Vorschriften über die Verpfändung von Zubehör zu Immobilien. Danach konnte das kantonale Recht die Verpfändung solcher Zubehör nach den Formen der Immobiliarverpfändung gestatten. Das hiess natürlich nichts anderes als dass die bewegliche, verpfändete Sache im Besitz des Pfandschuldners blieb.

Ebenso war es gestattet, Waren zu verpfänden ohne Besitzübergabe an den Pfandgläubiger, indem bloss die die Waren vertretenden Lagerscheine oder Ladescheine an den Pfandgläubiger übergeben werden mussten.

Wohlweislich waren das die einzigen Ausnahmen vom gewöhnlichen Fahrnispfand, die das alte O. R. gestattete. Denn es ist nicht unbedenklich, dem Pfandschuldner die von ihm verpfändeten mobilen Sachen in seinem Besitz zu lassen. Ein solches Vorgehen bei der Verpfändung hat die Wirkung, dass der Unbeteiligte Dritte die Kreditwürdigkeit und die Vermögenslage des Pfandschuldners nach der Verpfändung genau gleich beurteilt wie vorher, da man es ja den beweglichen, verpfändeten Sachen nicht ansieht, dass sie verpfändet sind und es eben auch nicht vermutet, umsomehr weil das reguläre Pfandrecht an mobilen Sachen durch Besitzesübergabe begründet wird.

Solche mit fiktiver Kreditwürdigkeit ausgestattete Wirtschaftssubjekte sind für die Wirtschaft unerwünscht. Bringen sie doch früher oder später andere Wirtschaftssubjekte, die mit ihnen in Verbindung treten, zu Schaden. Dies ist die eine Gefahr.

Die andere Gefahr liegt mehr auf rechtlichem Gebiet und ist nicht minder gross. Wenn der Pfandschuldner die Pfandsache veräussert oder zu Faustpfand gibt, so wird der Dritterwerber, vorausgesetzt natürlich, dass er gutgläubig ist, Eigentümer oder Pfandgläubiger. Dadurch wird aber der erste Pfandgläubiger geschädigt, weil er gegen den gutgläubigen Erwerber rechtlich nicht vorgehen kann.

Allein es sind bei den erwähnten Ausnahmen eben wichtige Gründe da, die dafür sprechen. Namentlich Gründe wirtschaftlicher Natur. Diese Art der Verpfändung soll es dem Schuldner ermöglichen, Vermögensstücke, die er zum Wirtschaften braucht und die er daher nicht entbehren kann, zur Erhöhung seines Kredites zu verwenden, ohne sich ihrer entäussern zu müssen.

Auch für die als Pfandbriefdeckung dienenden Hypothekartitel kann diese Ausnahme vom regulären Mobiliarpfandrecht gemacht werden.

Huber sagt dazu: «Immerhin ist zuzugeben, dass diese Ausnahme von der Regel des Faustpfandes nur dann gerechtfertigt ist, wenn bedeutende Bedürfnisse danach verlangen. Aber an der Bejahung dieser Frage ist nicht zu zweifeln. In einer Reihe von Staaten, Preussen, Frankreich, Württemberg, Belgien, Russland, sind diese pfandrechtlich gesicherten Briefe anerkannt und gesetzlich geordnet worden. Die schweizerischen Institute arbeiten mit den gleichen Faktoren, wie die des Auslandes. Sie haben auch angefangen, Obligationen als Pfandbriefe herauszugeben, die sogar obligations foncières genannt werden, obgleich ihnen diese Bezeichnung zu Recht nicht zukommt. Das Bedürfnis ist daher nicht zu verkennen, sowohl für die Hypothekarbanken als für Grundeigentümer, die mit diesen in Verbindung treten und für die Obligationäre dieser Institute wird erst durch eine solche spezielle Ordnung ein sicheres und den Interessen allseitig entsprechendes Institut geschaffen werden können.»

An anderer Stelle sagt Huber: «Damit (mit der Belassung der verpfändeten Grundpfandforderungen beim Pfandschuldner) würde allerdings eine Ausnahme von der Regel gemacht, dass an beweglichen Sachen nur in der Form des Faustpfandes ein Pfandrecht begründet werden könnte. Aber man darf gewiss nicht zaudern, Ausnahmen von diesem Grundsatze aufzustellen, wenn gewichtige Interessen sie fordern und keine Gefahren für den Verkehr daraus erwachsen.»

Wie oben zitiert wurde, haben die Pfandbriefe ein Pfandrecht an den den Pfandbriefanstalten zustehenden Grundpfandtiteln, sowie an Darlehensforderungen, die aus dem ordentlichen Geschäftskreis der Anstalt entstehen. Dabei ist der Geschäftskreis dieser Anstalten festgelegt. Nach Art. 1033 sind als zulässige Geschäfte einer Pfandbriefanstalt bezeichnet:

1) Das Pfandgeschäft. Darunter fallen:

a) Die Gewährung von Darlehen gegen Schuldbriefe, Gülten oder Grundpfandverschreibungen.

b) Die Eröffnung von Krediten und Kontokorrenten gegen solche Sicherstellung.

c) Der An- und Verkauf von Schuldbriefen und Gülten.

d) Die Beleihung von Schuldbriefen und Gülten gegen faustpfändliche Hinterlage.

2) Die Beleihung von staatlichen und andern von öffentlichrechtlichen Körperschaften ausgegebenen verzinslichen Schuldtiteln.

3) Die Gewährung von Darlehen an Staaten und öffentlich-rechtliche Körperschaften.

Wenn wir die Aufzählung dieser Geschäfte, die der Pfandbriefanstalt gestattet sind, überblicken, so sehen wir, dass sämtliche pfandverhaftete Vermögensstücke der Pfandbriefanstalt aus den Geschäften des ordentlichen Geschäftskreises herrühren oder umgekehrt, dass sämtliche aus dem gesamten aktiven Geschäft der Pfandbriefanstalt herrührenden Forderungen und Wertpapiere den Pfandbriefgläubigern pfandverhaftet sind, soweit die Pfandbriefanstalt daraus Gläubiger resp. Eigentümer ist. Eine Ausnahme der im Besitze der Pfandbriefanstalten befindlichen Werttitel machen bloss diejenigen Schuldbriefe und Gülten, die als faustpfändliche Hinterlage für Darlehen dienen. Denn diese stehen nicht im Eigentum der Pfandbriefanstalten, wohl aber sind wiederum die dieser faustpfändlichen Hinterlage zu Grunde liegenden Darlehen pfandverhaftet.

Wenn wir die verschiedenen Entwürfe betreffend die Regelung des Pfandbriefwesens überblicken und mit der Regelung des Teilentwurfs vergleichen, dann fällt uns auf, dass der Begriff der Deckung im Teilentwurf gar nicht enthalten ist und ebenfalls nicht die Einrichtung des Registers, in das die pfandverhafteten Werte eingetragen werden. Allerdings ist zu sagen, dass nur dann von Deckung gesprochen werden muss, wenn neben den pfandverhafteten Werten noch andere Werte im Vermögen des Pfandbriefschuldners vorhanden sind, die nicht pfandverhaftet sind. Da nun aber im Teilentwurf, wie wir oben angeführt haben, die gesamten aus dem ordentlichen Geschäftskreis der Pfandbriefanstalt herrührenden Vermögenswerte den Pfandbriefgläubigern pfandverhaftet sind, neben dem ordentlichen Geschäftskreis aber bloss vorübergehende und unbedeutende Vermögenswerte aus einem ganz engen ausserordentlichen Kreis von Geschäften (Wechsel, Depositenforderungen) bei der Pfandbriefbank liegen werden, so ist es überflüssig, von Deckung zu sprechen.

Es erhebt sich nun aber die Frage, ob dieses Pfandrecht schon vor seiner Ausübung eine Wirkung hat, wie sie eigentlich von einem Pfandrecht als einem beschränkt dinglichen Recht verlangt werden muss. Konkret gefasst lautet die Frage: Was für eine Rechtslage entsteht, wenn die Pfandbriefbank einen ihr zustehenden Vermögenswert, der den Pfandbriefgläubigern pfandverhaftet ist, beispielsweise veräussert?

Wie wir gesehen haben, werden die pfandverhafteten Werte weder in ein Register eingetragen noch erhalten die Titel einen Vermerk, der ihre Pfandverhaftung zum Ausdruck bringt. Veräussert also die Pfandbriefbank einen Schuldbrief oder eine Gült,

die in ihrem Eigentum stand und aus dem ordentlichen Geschäftskreis herrührte und den Pfandbriefgläubigern pfandverhaftet war, dann muss erkannt werden, dass mit der Veräusserung der Titel aus der Pfandhaft ausscheidet. Dies jedoch nicht unbedingt, sondern nur, wenn der Dritterwerber gutgläubig ist.

Nun könnte man allerdings erwidern, dass ohne weiteres jeder Dritte, der von einer Pfandbriefanstalt einen Vermögenswert erwirbt, sei es nun einen Schuldbrief oder eine Gült oder auch eine Darlehensforderung, ohne weiteres im bösen Glauben sei, denn er müsse ja wissen oder sollte wissen, dass die im Eigentum der Pfandbriefanstalt stehenden Grundpfandtitel und Darlehen den Pfandbriefgläubigern pfandverhaftet sind; allein dies ginge zu weit. Denn die Pfandbriefanstalt würde dadurch allzusehr in ihrem Geschäftsgebahren gehemmt und es würde ihr ja fast unmöglich gemacht, einen im Umfang des ordentlichen Geschäftskreises erworbenen Wert[1]) zu veräussern oder zu verpfänden. Dies muss umsomehr angenommen werden, als ja nicht nur ein Teil der aus dem ordentlichen Geschäftskreis herrührenden Vermögenswerte (etwa im Sinne der Deckung und des Gleichgewichtsprinzipes) pfandverhaftet sind, sondern eben alle. Der gutgläubige Dritte kann also rechtsgültig erwerben. Damit aber, dass die Pfandbriefanstalt nach dem Teilentwurf von 1898 pfandverhaftete Werte rechtsgültig veräussern konnte, sobald der Dritte gutgläubig war, ist nun noch nicht gesagt, dass zwar formell ein Pfandrecht bestehe, materiell aber eher ein Konkursprivileg vorhanden sei.

Denn wäre ein Konkursprivileg in Bezug auf sämtliche im Eigentum der Pfandbriefanstalt stehende Grundpfandtitel sowie an den Darlehensforderungen vorhanden, dann brauchte man bei der Veräusserung eines solchen Vermögenswertes nicht nach gutem oder bösem Glauben des Dritterwerbers zu fragen. Denn der gute oder böse Glaube käme ja gar nicht in Betracht, da das Konkursprivileg diejenigen Vermögenswerte, für die es besteht, nur in dem Umfange erfasst, wie sie zur Zeit des Konkurses vorhanden sind. Damit ist aber zugleich auch gesagt, dass die Pfandbriefanstalt vor der Konkurseröffnung ein freies Verfügungsrecht bezüglich dieser Vermögenswerte hat, unter Vorbehalt natürlich der paulianischen Klage. Es spricht also die Unterscheidung von bösem und gutem Glauben des Dritterwerbers in unserm Falle eher für das Vorhandensein eines Pfandrechts, nicht nur formell, sondern auch materiell. Dass diese Unterscheidung von bösem und

[1]) Der aus irgend einem Grunde aus der Pfandverhaftung zugunsten der Pfandbriefgläubiger weggefallen wäre.

gutem Glauben auch am Bestehen eines materiellen Pfandrechts zweifeln lässt, rührt davon her, dass diese Unterscheidung sonst weder im Grundpfandrecht (infolge des Grundbuches mit einer Publizitätswirkung) noch im Mobiliarpfandrecht (weil da die verpfändete Sache nicht im Besitz des Pfandschuldners bleibt) gemacht wird. Sie ist allein gerechtfertigt durch die besondere Gestaltung des Forderungspfandrechtes in der Ordnung des Pfandbriefwesens, indem eben der Gegenstand des Pfandrechtes beim Pfandschuldner bleibt. Die Unterscheidung von bösem und gutem Glauben des Dritterwerbers ist aber nicht nur gerechtfertigt, sondern sie ist auch notwendig im Interesse der Verkehrssicherheit. Denn wenn ein Dritter von einer Pfandbriefanstalt einen Vermögenswert, sei es nun eine Forderung oder einen Werttitel, wie Schuldbrief oder Gült, erwirbt ohne zu wissen, dass dieser Wert pfandverhaftet ist, so geht es nicht an, diesem Gutgläubigen gegenüber plötzlich ein an der Sache haftendes Pfandrecht geltend zu machen.

Am Ende dieser Erörterungen können wir also feststellen, dass schon der dritte Teilentwurf zum Z. G. B. ein Pfandrecht (formell und auch materiell) statuiert, ein Pfandrecht allerdings, das nicht sehr stark wirkt, indem der Kreis von gutgläubigen Dritterwerbern der verfpändeten Sache sehr gross ist, infolge Mangels von Massnahmen, die die Dinglichkeit des Pfandrechtes stärker zum Ausdruck bringen, wie z. B. Deckung, Deckungsregister, Anmerkung auf den Titeln.

2. Im Vorentwurf zum Z. G. B. und im Z. G. B.

Der Vorentwurf des eidgenössischen Justiz- und Polizeidepartementes vom Jahre 1900 umschreibt das Pfandrecht der Pfandbriefe folgendermassen: «Die von den Pfandbriefanstalten ausgegebenen Pfandbriefe gewähren ihren Gläubigern ein Pfandrecht an den der Anstalt gehörenden Grundpfandtiteln, sowie an den Forderungen, die dem ordentlichen Geschäftskreis der Anstalt entspringen.»

Die Formulierung dieses Artikels weist nur geringe Veränderungen auf gegenüber der des Teilentwurfs. Gemeinsam mit dem Teilentwurf gewährt er, was die rechtliche Sicherung der Pfandbriefe anbelangt, ein Pfandrecht, das den Pfandbriefen von Gesetzeswegen gegeben ist. Dieses Pfandrecht erstreckt sich auf gewisse Vermögensteile der pfandbriefausgebenden Anstalt: Auf Grundpfandtitel und Darlehen, die dem ordentlichen Geschäftskreis entspringen. Dabei ist sowohl im Teilentwurf als auch im Vorentwurf festgelegt worden, welches der ordentliche Geschäfts-

kreis einer pfandbriefausgebenden Anstalt sein müsse: In erster Linie steht als Hauptgeschäftszweig das Gewähren von Darlehen gegen Grundpfand, also gegen Grundpfandverschreibung, Schuldbrief und Gült. Ferner ist zugelassen die Beleihung von verzinslichen Schuldverschreibungen, die von Staaten oder öffentlich-rechtlichen Körperschaften ausgegeben worden sind; endlich noch die Gewährung von Darlehen an Staaten und öffentlich-rechtliche Körperschaften.

In einer Linie mit diesen beiden Formulierungen der rechtlichen Sicherstellung der Pfandbriefe steht Artikel 916 Z. G. B., der jetzt geltendes Recht darstellt.

Die Natur der Pfandbriefsicherung ist die gleiche geblieben: Die Pfandbriefe haben ein gesetzliches Pfandrecht an den der Ausgabestelle gehörenden Grundpfandtiteln sowie an den Darlehensforderungen, die dem ordentlichen Geschäftskreis entspringen. Der Inhalt des ordentlichen Geschäftskreises wird allerdings hier nicht mehr umschrieben. Doch wurde dies unterlassen, weil die Befugnis der Konzessionierung von pfandbriefausgebenden Anstalten den Kantonen überlassen wurde, zum Unterschied von Teil- und Vorentwurf, wo der Bundesrat diese Befugnis haben sollte. Bis zur bundesgesetzlichen Regelung des Pfandbriefwesens werden also die Kantone die Bedingungen aufstellen, die erfüllt sein müsen, um die Befugnis der Pfandbriefausgabe zu erlangen. So werden also auch die Kantone festsetzen, was zu einem ordentlichen Geschäftskreis der pfandbriefausgebenden Anstalt gehört. Den Kantonen ist in der Umschreibung dieses Geschäftskreises keine Schranke gesetzt, doch werden sie sich gegebenenfalls wohl an die Umschreibungen des Teil- und des Vorentwurfs halten. Denn die allgemeine Meinung über die Grundlage der Pfandbriefe ist die, dass sie einen höchst möglichen Grad von Sicherheit habe. Diese Sicherheit aber kann nur durch den Abschluss von möglichst risikolosen Geschäften hergestellt werden. Neben den Darlehen gegen grundpfändliche Sicherheit werden sie also auch die Beleihung von staatlichen Obligationen und solcher öffentlich-rechtlicher Körperschaften zulassen. Diese Beleihung ist ein ziemlich risikoloses Bankgeschäft. Denn erstens haben diese Obligationen einen grossen Markt (Z. B. in der Schweiz die Obligationen des Bundes und der Kantone). Es wird also, wenn der Schuldner nicht fähig ist, sein Darlehen zurückzuzahlen, leicht möglich sein, durch Veräusserung dieser Obligationen wieder zu Barmitteln zu gelangen.

Anderseits bieten diese Obligationen infolge ihrer geringen Kursschwankungen eine grosse Gewähr gegen Pfandentwertung. Eine andere Frage ist die, ob Obligationen ausländischer Staaten

und öffentlichrechtlicher Körperschaften als Deckung zulässig sind. Die kantonale Gesetzgebung kann sich dazu auf zwei Arten einstellen: Entweder gestattet sie nicht, ausländische staatliche Obligationen in die Deckung einzubeziehen oder aber sie sagt nichts darüber.

Im ersten Fall ist die Sachlage einfach. Darüber ist keine weitere Erörterung nötig. Wie aber im zweiten Fall?

Wieder vom Grundsatz der grösstmöglichen Sicherheit der Pfandbriefdeckung ausgehend, möchten wir sagen, dass es nicht ratsam sei, ausländische Papiere in die Deckung aufzunehmen und seien es auch Staatsobligationen. Denn ganz abgesehen davon, dass die Ueberprüfung des Finanzgebahrens eines Staates (davon hängt das Vertrauen in die Sicherheit solcher Obligationen ab) von einem andern Staate aus schwierig ist, so sind die politische Lage und Verhältnisse des betreffenden Staates für Aussenstehende noch viel schwieriger zu beurteilen. Beides sind Gründe, die einer Aufnahme ausländischer Staatsobligationen in die Pfandbriefdeckung widerstreben.

Sowohl im Vorentwurf als auch im Z. G. B. ist den Pfandbriefen ein Pfandrecht gewährt, sowohl formell als auch materiell. Was die Regelung im Vorentwurf anbelangt, so haben wir auch dort ein Pfandrecht, das wie dasjenige des Teilentwurfs nicht gerade von starker Wirkung ist. Auch im Vorentwurf sind noch keine Massnahmen vorgesehen, die den Kreis der gutgläubigen Dritterwerber möglichst klein machen. Ebenfalls nicht im Z. G. B., das ja die eingehende Regelung bis zur Ordnung der Materie durch den Bundesgesetzgeber den Kantonen überlässt.

3. Im Entwurf des Bundesrates zu einem Bundesgesetz über die Ausgabe von Pfandbriefen.

a) Allgemein.

Artikel 20 des Entwurfes lautet: «Die von Einzelanstalten ausgegebenen Pfandbriefe und die von Mitgliedern der Pfandbriefzentralen bezogenen Vorschüsse geniessen ein Pfandrecht an den im Deckungsregister eingetragenen Werten, desgleichen die Pfandbriefe der Zentralen an den von ihnen gewährten pfandversicherten Vorschüssen, ohne dass, unter Vorbehalt von Artikel 23, ein besonderer Verpfändungsvertrag und die Uebergabe der Deckungswerte an die Pfandbriefgläubiger oder Vorschussgläubiger oder deren Vertreter notwendig wäre.»

Aus dem Zusammenhang des Gesetzentwurfes herausgenommen, ist dieser Artikel etwas schwer zu erfassen. Um nun den

Zweck der Begriffsbestimmung des Pfandrechtes der Pfandbriefe zu erreichen, wollen wir inhaltlich den Artikel etwas vereinfachen.

Vorauszuschicken ist, dass der Entwurf für die Pfandbriefausgabe zwei Wege vorsieht. Es können Pfandbriefe ausgeben

1) Einzelne Kreditanstalten,

2) Zentrale Kreditanstalten, sog. Pfandbriefzentralen.

Das Verhältnis der von den unter 1) und unter 2) genannten Anstalten zu den als Deckung bezeichneten Grundpfandtiteln ist nicht dasselbe. Bei der ersten Gruppe von pfandbriefausgebenden Anstalten haben wir rechtlich betrachtet ein Verhältnis von drei beteiligten Subjekten. Um uns das zu vergegenwärtigen, stellen wir uns den Geschäftsgang eines solchen Kreditinstitutes vor, wobei allerdings zu bemerken ist, dass diese Betrachtung nur eine systematische sein kann und alle Kompliziertheiten der Praxis weggelassen werden, insofern sie für die rechtliche Betrachtung der Vorgänge nicht wesentlich sind oder überhaupt nicht in Betracht fallen.

Das zur Pfandbriefausgabe ermächtigte Institut wird zunächst, um sich Mittel für das Hypothekargeschäft zu verschaffen, Pfandbriefe ausgeben und zwar wird das, wie wir gesehen haben, in der Regel in der Form der öffentlichen Anleihe vor sich gehen. Aus dieser Pfandbriefausgabe entsteht nun zunächst e i n Rechtsverhältnis: Dasjenige zwischen ausgebendem Institut und dem Pfandbriefgläubiger. Mit den auf diese Art hereingenommenen Mitteln werden und müssen nun Darlehen gewährt werden an Grundeigentümer gegen grundpfändliche Sicherheit, also gegen Gült, Schuldbrief und Grundpfandverschreibung. Daraus entsteht nun ein zweites Rechtsverhältnis: Dasjenige zwischen Grundeigentümer und dem darlehengewährenden (und zugleich pfandbriefausgebenden) Institut. An diesen zur Sicherstellung der Darlehensforderungen bei der Bank liegenden Grundpfandwerten haben nun die Pfandbriefgläubiger ein Pfandrecht von Gesetzes wegen für ihre Forderungen aus dem Pfandbrief.

Das Resultat dieser Art der Organisation der Pfandbriefausgabe in Bezug auf das Verhältnis von Pfandbrief zu Grundpfandwert besteht darin, dass zwischen Pfandbrief und Grundpfandwert ein direktes Verhältnis herbeigeführt wird, eben das Pfandrecht der Pfandbriefe am Grundpfandwert, wobei drei Rechtssubjekte beteiligt sind, nämlich: Pfandbriefgläubiger, pfandbriefausgebende Bank und der Schuldner aus den Grundpfandwerten.

Wie gestalten sich nun die Verhältnisse bei der zweiten Gruppe der pfandbriefausgebenden Anstalten, bei den sogenannten Pfandbriefzentralen? Hier sind vier Subjekte beteiligt. Um dies

klar zu legen ist die systematische Betrachtung des Geschäftsganges (mit den gleichen oben gemachten Vorbehalten) bei dieser Organisation der Pfandbriefausgabe wiederum das gegebene. Zur Finanzierung des Hypothekarkredites werden auch hier Pfandbriefe ausgegeben und zwar in diesem Falle von einer sogenannten Pfandbriefzentrale. Zum Unterschied von den pfandbriefausgebenden Instituten der ersten Gruppe, betreiben nun diese Pfandbriefzentralen mit ihren aus der Pfandbriefausgabe gewonnenen fremden Mitteln keine Hypothekarkreditgeschäfte, sondern sie führen ihre fremden Mittel in Form von Vorschüssen an ihre Mitglieder ab. Diese Mitglieder sind in der Regel Bankinstitute, die nicht selber Pfandbriefe ausgeben wollen oder dürfen. Mit diesen Vorschüssen nun betreiben die Mitglieder das Hypothekarkreditgeschäft und treten ihrerseits in Verbindung mit den Grundeigentümern. Auch hier werden diese Darlehen grundpfändlich sichergestellt. Die Grundpfandwerte, die im Besitze der Mitglieder der Pfandbriefzentralen sind und bleiben, sind ihrerseits das Pfand für die von der Zentrale gewährten Vorschüsse. Diese Vorschüsse wiederum haften als Pfand für die Forderungen der Pfandbriefgläubiger. Aus dieser schematischen Darstellung ist zu ersehen, dass vier Subjekte beteiligt sind: Pfandbriefgläubiger, Pfandbriefzentrale, Mitglied der Pfandbriefzentrale und schliesslich der Schuldner aus dem Grundpfandwert.

Das Verhältnis der Pfandbriefe zu den Grundpfandtiteln ist hier nicht ein direktes wie in der ersten Gruppe, sondern den Pfandbriefgläubigern haftet in erster Linie das Vermögen der Zentrale und dann als Pfand die Vorschüsse. Diese Vorschüsse sind aber wiederum pfandversichert durch die Grundpfandtitel. Diese sind gewissermassen ein Pfand für ein Pfand und treten auch so, freilich nur indirekt, in rechtliche Beziehung zu den Pfandbrieffordérungen.

Wir haben nun versucht, die beiden Systeme der Pfandbriefausgabe, wie sie der Entwurf vorsieht, in kurzen Zügen klarzulegen. Wir werden nun in der Folge zuerst das Pfandrecht der Pfandbriefe der einzelnen Kreditinstitute, sodann dasjenige der Pfandbriefe der Zentralen betrachten.

b) Das Pfandrecht der Pfandbriefe der einzelnen Kreditinstitute.

I. Die Objekte dieses Pfandrechtes.

Art. 20 des bundesrätlichen Entwurfes eines Pfandbriefgesetzes bestimmt, dass die von Einzelanstalten ausgegebenen

Pfandbriefe ein Pfandrecht an den im Deckungsregister eingetragenen Werten geniessen.

Damit wären die Objekte des Pfandrechtes ihrem Umfange nach bestimmt, indem also nur solche Werte pfandverhaftet sind, die im Deckungsregister eingetragen sind. Was die Objekte dieses Pfandrechtes inhaltlich sind, welche Natur diese eingetragenen Werte haben, ist damit noch nicht gesagt. Ueber diese Frage geben Aufschluss die Artikel 19 und 15 des Entwurfes. Artikel 19 Ziffer 1 indem er bestimmt, dass die Deckungsforderungen in ein Register einzutragen seien. Dieses Register ist mit dem in Artikel 20 genannten Deckungsregister identisch. Dadurch ist zu ersehen, dass die Werte des Artikel 20, an denen ein Pfandrecht besteht, in den sogenannten Deckungsforderungen des Artikel 19 bestehen. Was nun der Entwurf mit diesen Deckungsforderungen meint, darüber gibt Artikel 15 Aufschluss. Artikel 15 statuiert, dass die im Umlauf befindlichen Pfandbriefe und die darauf ausstehenden pfandversicherten Zinse g e d e c k t sein müssen durch Forderungen, die durch schweizerische Grundpfänder versichert sind. Ohne Zweifel sind in Artikel 19 unter Deckungsforderungen diese Forderungen, die die umlaufenden Pfandbriefe decken müssen, gemeint. Damit steht aber auch fest, dass die Werte, von denen Artikel 20 spricht und an denen das Pfandrecht besteht, diese durch schweizerische Grundpfänder versicherten Forderungen sind. (Wir lassen hier vorläufig die Möglichkeit ausser Acht, dass diese Werte auch in faustpfandversicherten Vorschüssen (Art. 15), öffentlich kotierten Schuldverschreibungen (Art. 16) oder in Geld (Art. 16) bestehen können).

Nach Artikel 793 Z. G. B. kann das Grundpfand nur in der Form von Grundpfandverschreibung, Schuldbrief und Gült bestellt werden.

Somit können die pfandverhafteten Deckungswerte nur in diesen 3 Formen vorhanden sein.

II. Die Natur des Pfandrechtes der Pfandbriefe.

Nachdem nun als Objekte des Pfandrechtes der Pfandbriefe Grundpfandverschreibung, Schuldbrief und Gült sich ergeben haben, kann nun die Natur dieses Pfandrechtes bestimmt werden.

Denn je nach dem vom Pfandrecht erfassten Objekt, stellt sich das Pfandrecht als Grundpfandrecht oder als Mobiliarpfandrecht dar, wobei letzteres wiederum nicht ein einheitliches Institut ist, indem beim Mobiliarpfandrecht je nach dem Objekt des Pfandrechtes unterschieden wird zwischen Fahrnispfand und Pfandrecht an Forderungen und Rechten.

1) Das Versprechen des Schuldners an eine Mehrheit von Personen, jeden als Gläubiger für einen gewissen Betrag anzuerkennen.

2) Ausgestaltung der Teilforderungen mit selbständiger Negotiabilität (namentlich Inhaberpapiere mit öffentlichem Glauben).

3) Es muss sich beim Anleihen um eine grosse Gesamtsumme handeln.

Von einheitlichen Bedingungen, unter denen jeder Titel ausgegeben werden soll, sagt Huber bei der Aufzählung der Merkmale nichts.

An einer Stelle spricht er allerdings von «einheitlichen Anleihensbedingungen» für alle Titel, nämlich da, wo er die Voraussetzungen der Gläubigergemeinschaft betrachtet. Allein gerade aus dieser Stelle scheint hervorzugehen, dass Huber die einheitlichen Anleihensbedingungen nicht als notwendig im Begriff der Anleihe liegend betrachtet. Denn würde er annehmen, dass einheitliche Anleihensbedingungen zum Wesen des Anleihebegriffs gehören, würde er nicht speziell darauf hinweisen, dass Voraussetzung der Gläubigergemeinschaft eine Anleihe sei mit einheitlichen Bedingungen für jeden Titel.

In der Tat scheint dieses Merkmal nicht notwendig zu sein. Kommt es doch in Bezug auf die Einheitlichkeit auf den Rechtsgrund an. Haben alle Titel denselben Rechtsgrund, bilden sie zusammen die Teile eines Darlehens, dann sind sie zusammen eine einheitliche Anleihe, wenn auch nicht alle Titel mit denselben Bedingungen ausgegeben werden.

Wir gehen also einig mit den Ausführungen Hubers und dem Kommentar von Gmür.

Der Pfandbriefgesetzentwurf erwähnt nirgends das Wort Anleihen. Er spricht bloss von der Ausgabe von Pfandbriefen (Entw. Artikel 1, 2). Allein der Natur des Institutes entsprechend geht die Ausgabe in Form von Anleihen vor sich. Der wirtschaftliche Zweck ist unter anderm ja auch der, durch die Pfandbriefausgabe kleine und kleinste Kapitalpartikelchen hervorzuholen und sie der Finanzierung des Hypothekarkredites zuzuführen. Dazu ist aber nötig, eine grosse Anzahl von Titeln auf den Mark zu werfen, die einen grossen Betrag ausmachen. Ebenfalls wird es der Ausgabestelle nicht auf die Person des Gläubigers ankommen. Dies wäre nur dann der Fall, wenn die ausgebende Bank fürchten müsste, dass die Titel in Hände von Spekulanten kämen, d. h. von Leuten, die die Titel nur kaufen, um sie nach gewisser Zeit mit Kursgewinn wieder zu verkaufen und nicht um daran eine solide und dauernde Kapitalanlage zu haben. Nun wird aber der Pfandbrief vermöge seines stabilen Zinsfusses und nicht zuletzt ver-

möge seiner Sicherung kein Spekulationspapier abgeben, wie ja überhaupt festverzinsliche Papiere in der Regel nicht Objekt der Spekulation sind. Die Pfandbriefe können also sehr wohl öffentlich ausgegeben werden, d. h. die Ausgabe kann sich an eine unbestimmte Zahl von Personen (an das Publikum) wenden (Gmür S. 1046).

Betreffend den gleichen Rechtsgrund der Pfandbrieftitel ist folgendes zu sagen:

Zu Beginn der Tätigkeit der pfandbriefausgebenden Anstalt wird das primäre die Gewährung von Hypothekardarlehen sein. Die Pfandbriefausgabe kann es nicht sein, weil die Pfandbriefe jederzeit voll gedeckt sein müssen und diese Deckung würde eben fehlen, wenn Pfandbriefe vor der Darlehensgewährung ausgegeben würden, es sei denn, man lasse das Versprechen, die durch die Pfandbriefausgabe gewonnenen Gelder nur in Hypothekardarlehen anzulegen, für Deckung gelten.

Uns scheint aber doch das sichere Vorgehen, zuerst die positive Grundlage für die Pfandbriefausgabe zu schaffen. Die Mittel dazu können, wie der Expertenbericht auf Seite 145 sagt, aus dem Grundkapital gewonnen werden oder aber dadurch, dass Banken der pfandbriefausgebenden Anstalt Kredite gewähren bis zum Zeitpunkt der Pfandbriefausgabe. Ist dann einmal ein genügend grosser Stock von grundpfandgesicherten Darlehensforderungen da, so kann zur Pfandbriefausgabe geschritten werden und zwar bis zu dem Betrag, dass die Pfandbriefe durch die Darlehensforderungen gedeckt sind. Die so ausgegebenen Pfandbriefe haben alle denselben Rechtsgrund: Das einheitliche Darlehen, das aufgenommen wurde.

Die Voraussetzungen, die für die Anleihe im allgemeinen aufgestellt werden, lassen sich sehr wohl auf die Pfandbriefausgabe anwenden, so dass wir zum Schluss kommen, dass die Pfandbriefausgabe in der Form der Anleihe am zweckmässigsten vor sich gehen wird.

Diese Art der Ausgabe hat dann auch zur Folge, dass der Entwurf in Art. 27 vorsieht, dass die Pfandbriefgläubiger, deren Pfandbriefe gleiche Zins- und Rückzahlungsbedingungen aufweisen, unter den Bestimmungen über die Gläubigergemeinschaft bei Anleihensobligationen stehen.

Im übrigen hat, abgesehen von obiger Wirkung (Gläubigerorganisation) die Wahl der Anleihensform zur Ausgabe von Pfandbriefen keine grosse rechtliche Bedeutung. Sie könnte höchstens dann eine Bedeutung erlangen, wenn etwa die verschiedenen Anleihen bloss in der Reihenfolge ihrer Ausgabe das Pfandrecht ausüben könnten. Um über diesen Punkt keine Zweifel auf-

kommen zu lassen, sieht der Entwurf vor, dass am Pfandrecht alle Pfandbriefe ohne Rücksicht auf den Zeitpunkt ihrer Ausgabe teilnehmen können (Entw. Art. 26).

Diese Anleihen nun werden in Partialen zerlegt; ein solches Teilstück eines als Anleihe einheitlich aufgenommenen Darlehens ist eine Anleihensobligation. Die Anleihensobligationen müssen ihrer Natur nach Wertpapiere sein, d. h. Urkunden, ohne die das in ihnen verbriefte Recht nicht geltend gemacht noch übertragen noch verwertet werden kann.

Es kann ja eigentlich kein Zweifel darüber bestehen, dass der Pfandbrief als Wertpapier ausgestaltet wird. Der Pfandbrief ist für den Gläubiger unkündbar. Es würde daher für den Käufer von Pfandbriefen unter Umständen eine allzulange Festlegung seiner Mittel bedeuten, wenn er nicht im Stande wäre, seine Forderung gegen die pfandbriefausgebende Bank jederzeit und unter leichten Voraussetzungen zu veräussern. Um nun dem eventuellen Bedürfnis des Käufers von Pfandbriefen, seine Forderung rasch in flüssige Mittel zu verwandeln, Rechnung zu tragen, hat man dem Pfandbrief diejenige rechtliche Form gegeben, die einen raschen Wechsel von Hand zu Hand möglich macht; man hat ihn in die Form des Wertpapieres gekleidet. Forderung und Urkunde werden also auch beim Pfandbrief genau so mit einander verknüpft sein, wie bei einem andern Wertpapier.

Wird der Pfandbrief als Wertpapier ausgestaltet, dann kann dies geschehen in der Form des Inhaber- oder des Namenpfandbriefes; der Inhaberpfandbrief mehr als vorübergehende Geldanlage, der Namenpfandbrief, als die schwerfälligere Form des Wertpapiers, mehr als dauernde Anlage.

Bereits der dritte Teilentwurf zum Z. G. B. sah dies vor, ebenfalls der Vorentwurf von 1900. Das Z. G. B. sieht in Art. 917 gleichfalls Inhaber- und Namenpfandbriefe vor. Im Entwurf des Bundesrates siehe Art. 9.

a) Der Inhaberpfandbrief: Er wird die beweglichste Form des Pfandbriefes darstellen. Der Gesetzgeber musste keine Spezialnormen aufstellen, um den Verkehr mit Inhaberpfandbriefen noch besonders zu erleichtern. Es kommen in Betracht die Normen des O. R. über Inhaberpapiere; ferner, was Besitz und Eigentum an den Pfandbriefen anbelangt, die betreffenden Normen des Z. G. B. Art. 899 ff. — Zur Uebertragung ist also blosse Uebergabe des Papiers erforderlich. Der Inhaber des Pfandbriefes gilt als forderungsberechtigt gegenüber der pfandbriefausgebenden Bank und zwar in dem Umfang, der aus dem Inhalt der Urkunde hervorgeht. Die Einreden der pfandbriefausgebenden Bank gegen den Inhaber des Pfandbriefes sind beschränkt. Es sind

bloss die Einreden möglich, die die Gültigkeit des betreffenden Pfandbriefes bestreiten oder aber solche, die sich aus dem Pfandbrief heraus ergeben. So zum Beispiel die Einrede, der zur Einlösung vorgewiesene Pfandbrief sei noch nicht fällig oder die im Pfandbrief verkörperte Forderung sei verjährt.

Was die Verpfändung der Inhaberpfandbriefe anbelangt, so kommen die Normen des Z. G. B. 899 ff. in Betracht. Es genügt demnach die blosse Uebergabe der Inhaberpfandbriefe an den Pfandgläubiger.

b) Der Namenpfandbrief: Wie wir oben schon angedeutet haben, wird dies diejenige Form des Pfandbriefes sein, die sich am besten zu dauernder Anlage eignet, infolge der gegenüber dem Inhaberpfandbrief erschwerten Uebertragungsbedingungen. Zu der Uebertragung des Namenpfandbriefes ist die Zession nötig, verbunden mit der Uebergabe des Pfandbrieftitels. Neben dieser allgemein gültigen und daher im Entwurf nicht eigens erwähnten Uebertragungsform, sieht nun der Entwurf vor, dass der Namenpfandbrief ebenfalls durch Indossament übertragen werden kann. Es bedeutet dies einen grossen Vorteil gegenüber der schwerfälligen Uebertragungsform der Zession und nähert den Namenpfandbrief in der Negotiabilität dem Inhaberpfandbrief ohne aber die Vorteile des Namenwertpapiers preiszugeben.

Nun ist allerdings zu bemerken, dass das Indossament ein Institut des Wechselrechtes ist. Als solchem kommen ihm dort zwei Funktionen zu: Die Transportfunktion und die Garantiefunktion. Was die Transportfunktion anbelangt, so ist zu bemerken, dass sie ohne weiteres bei der Uebertragung des Pfandbriefes dem Indossament zukommt. Mit dem Indossament gehen sämtliche Rechte aus dem Pfandbrief auf den Indossatar über.

Wie steht es nun aber mit der Garantiefunktion? Bekanntlich besteht diese beim Wechsel darin, dass der Indossant für Annahme und Zahlung des Wechsels haftet. Ist nun die Garantiefunktion auch beim Indossament des Pfandbriefes anzunehmen?

Wenn wir uns vergegenwärtigen, dass die Laufzeit des Pfandbriefes eine relativ lange ist, so würde es unbillig erscheinen, jeweils den Indossanten für die Einlösung des Pfandbriefes haften zu lassen. Denn der Indossant würde dann solange haften als der Pfandbrief im Umlauf wäre. Eine Zeit, die im Vergleich zur Haftungsdauer aus dem Wechselindossament, die ordentlicherweise höchstens drei Monate beträgt, sehr lang erscheint. Damit würde aber auch die Anwendung der leichteren Form der Uebertragung durch Indossament illusorisch. Die vom Gesetz gewollte Wirkung wäre nicht erreicht.

Das Indossament, als Uebertragungsform für typisch kurzfristige Wertpapiere, wie der Wechsel ist, hat also beim Pfandbrief nicht dieselben Funktionen. Wohl kommt ihm die Transportfunktion zu, nicht aber die Garantiefunktion. Wird nun der Namenpfandbrief mit Indossament übertragen, so genügt die Uebergabe des indossierten Titels.

Man kann sich nun noch fragen, ob auch die verschiedenen Formen des Indossamentes beim Pfandbreif zugelassen sind, d. h. ob neben dem Namenindossament auch das Blankoindossament zulässig ist. Betrachten wir diese Frage vom Standpunkt der Zirkulationsfähigkeit des Pfandbriefes aus, dann muss das Blankoindossament als zulässig erscheinen. Denn das Blankoindossament nähert den Namenpfandbrief noch mehr dem Inhaberpfandbrief als das Namenindossament. Der Namenpfandbriefeigentümer kann einen blankoindossierten Pfandbrief veräussern, ohne sein Indossament darauf zu setzen, d. h. durch blosse Uebergabe des Pfandbriefes, der auf den Namen einer bestimmten Person lautet.

Verpfändung der Namenbriefe: Es kommt in Betracht Art. 901 Z. G. B. Demnach ist erforderlich, die Uebergabe des Pfandbriefes an den Pfandgläubiger mit einer Abtretungserklärung oder aber mit Indossament.

II.

Das Pfandrecht der Pfandbriefe.

1) Im Teilentwurf.

Mit der Betrachtung des Pfandrechtes als Wesensmerkmal des Pfandbriefes, wie es sich aus dem Entwurf zu einem Pfandbriefgesetz ergibt, kommen wir zum Hauptpunkt der gesetzlichen Regelung dieser Materie. Die rechtliche Gestaltung dieses Pfandrechtes, wie sie heute im Entwurf vorliegt, war eigentlich schon mit dem Auftauchen des Pfandbriefgedankens in der Schweiz gegeben.

Im dritten Teilentwurf zum Z. G. B. von 1898 ist unter dem 27. Titel der 5. Abschnitt den Pfandbriefen gewidmet. Art. 1045 regelt das Pfandrecht der Pfandbriefe. Es heisst dort: «Die Pfandbriefe gewähren ihren Gläubigern ein Pfandrecht an den im Eigentum der Pfandbriefanstalten stehenden Grundpfandtiteln, sowie an deren Darlehensforderungen, die dem ordentlichen Geschäftskreis entspringen.» Hier wird also ein gesetzliches Pfandrecht statuiert. Nicht ganz klar aus dem Wortlaut der Bestimmung geht hervor, ob die verpfändeten Grundpfandtitel im Gewahrsam des Verpfänders bleiben oder nicht. Der Artikel besagt bloss, dass das Pfandrecht an den im Eigentum der Pfandbriefanstalten stehenden Grundpfandtiteln bestehe. Die Erläuterungen geben allerdings dann Aufschluss, wie die Art und Weise der Verpfändung vorgesehen ist. Es heisst da im Abschnitt über die Pfandbriefe folgendermassen: «Da unser Entwurf in Uebereinstimmung mit dem geltenden Recht das Faustpfand als die Grundlage des Pfandrechts an Fahrnis darstellt, liegt in der Anerkennung eines Pfandrechtes an Wertpapieren, die im Besitze des Schuldners sind, eine Ausnahme von der Regel, die aus besonderen Gründen sich rechtfertigen muss». Weiter unten fährt dann Huber in seinen Erläuterungen fort: «So bleibt dann, damit die Sicherung der Pfandbriefe der Hypothekenbanken eingeführt werden kann, nichts anderes übrig, als ein eigenes Fahrnispfandrecht für sie zu schaffen!»

Aus diesen beiden Stellen ist zu ersehen, dass schon Huber damals die Absicht hatte, die verpfändeten Hypothekartitel beim Pfandbriefschuldner zu lassen und also insofern eine Ausnahme vom gewöhnlichen zivilen Fahrnispfandrecht zu machen. Eine

Ausnahme, die übrigens nicht allein dagewesen wäre, denn schon damals bestand die Viehverpfändung, die laut 2103 a. O. R. dem kantonalen Recht überlassen war, und wonach zur Viehpfändung bloss die Eintragung in öffentliche Bücher genügte. Eine andere Ausnahme vom gewöhnlichen Faustpfandrecht waren die ebenfalls dem kantonalen Rechte überlassenen Vorschriften über die Verpfändung von Zubehör zu Immobilien. Danach konnte das kantonale Recht die Verpfändung solcher Zubehör nach den Formen der Immobiliarverpfändung gestatten. Das hiess natürlich nichts anderes als dass die bewegliche, verpfändete Sache im Besitz des Pfandschuldners blieb.

Ebenso war es gestattet, Waren zu verpfänden ohne Besitzübergabe an den Pfandgläubiger, indem bloss die die Waren vertretenden Lagerscheine oder Ladescheine an den Pfandgläubiger übergeben werden mussten.

Wohlweislich waren das die einzigen Ausnahmen vom gewöhnlichen Fahrnispfand, die das alte O. R. gestattete. Denn es ist nicht unbedenklich, dem Pfandschuldner die von ihm verpfändeten mobilen Sachen in seinem Besitz zu lassen. Ein solches Vorgehen bei der Verpfändung hat die Wirkung, dass der Unbeteiligte Dritte die Kreditwürdigkeit und die Vermögenslage des Pfandschuldners nach der Verpfändung genau gleich beurteilt wie vorher, da man es ja den beweglichen, verpfändeten Sachen nicht ansieht, dass sie verpfändet sind und es eben auch nicht vermutet, umsomehr weil das reguläre Pfandrecht an mobilen Sachen durch Besitzesübergabe begründet wird.

Solche mit fiktiver Kreditwürdigkeit ausgestattete Wirtschaftssubjekte sind für die Wirtschaft unerwünscht. Bringen sie doch früher oder später andere Wirtschaftssubjekte, die mit ihnen in Verbindung treten, zu Schaden. Dies ist die eine Gefahr.

Die andere Gefahr liegt mehr auf rechtlichem Gebiet und ist nicht minder gross. Wenn der Pfandschuldner die Pfandsache veräussert oder zu Faustpfand gibt, so wird der Dritterwerber, vorausgesetzt natürlich, dass er gutgläubig ist, Eigentümer oder Pfandgläubiger. Dadurch wird aber der erste Pfandgläubiger geschädigt, weil er gegen den gutgläubigen Erwerber rechtlich nicht vorgehen kann.

Allein es sind bei den erwähnten Ausnahmen eben wichtige Gründe da, die dafür sprechen. Namentlich Gründe wirtschaftlicher Natur. Diese Art der Verpfändung soll es dem Schuldner ermöglichen, Vermögensstücke, die er zum Wirtschaften braucht und die er daher nicht entbehren kann, zur Erhöhung seines Kredites zu verwenden, ohne sich ihrer entäussern zu müssen.

Auch für die als Pfandbriefdeckung dienenden Hypothekartitel kann diese Ausnahme vom regulären Mobiliarpfandrecht gemacht werden.

Huber sagt dazu: «Immerhin ist zuzugeben, dass diese Ausnahme von der Regel des Faustpfandes nur dann gerechtfertigt ist, wenn bedeutende Bedürfnisse danach verlangen. Aber an der Bejahung dieser Frage ist nicht zu zweifeln. In einer Reihe von Staaten, Preussen, Frankreich, Württemberg, Belgien, Russland, sind diese pfandrechtlich gesicherten Briefe anerkannt und gesetzlich geordnet worden. Die schweizerischen Institute arbeiten mit den gleichen Faktoren, wie die des Auslandes. Sie haben auch angefangen, Obligationen als Pfandbriefe herauszugeben, die sogar obligations foncières genannt werden, obgleich ihnen diese Bezeichnung zu Recht nicht zukommt. Das Bedürfnis ist daher nicht zu verkennen, sowohl für die Hypothekarbanken als für Grundeigentümer, die mit diesen in Verbindung treten und für die Obligationäre dieser Institute wird erst durch eine solche spezielle Ordnung ein sicheres und den Interessen allseitig entsprechendes Institut geschaffen werden können.»

An anderer Stelle sagt Huber: «Damit (mit der Belassung der verpfändeten Grundpfandforderungen beim Pfandschuldner) würde allerdings eine Ausnahme von der Regel gemacht, dass an beweglichen Sachen nur in der Form des Faustpfandes ein Pfandrecht begründet werden könnte. Aber man darf gewiss nicht zaudern, Ausnahmen von diesem Grundsatze aufzustellen, wenn gewichtige Interessen sie fordern und keine Gefahren für den Verkehr daraus erwachsen.»

Wie oben zitiert wurde, haben die Pfandbriefe ein Pfandrecht an den den Pfandbriefanstalten zustehenden Grundpfandtiteln, sowie an Darlehensforderungen, die aus dem ordentlichen Geschäftskreis der Anstalt entstehen. Dabei ist der Geschäftskreis dieser Anstalten festgelegt. Nach Art. 1033 sind als zulässige Geschäfte einer Pfandbriefanstalt bezeichnet:

1) Das Pfandgeschäft. Darunter fallen:

a) Die Gewährung von Darlehen gegen Schuldbriefe, Gülten oder Grundpfandverschreibungen.

b) Die Eröffnung von Krediten und Kontokorrenten gegen solche Sicherstellung.

c) Der An- und Verkauf von Schuldbriefen und Gülten.

d) Die Beleihung von Schuldbriefen und Gülten gegen faustpfändliche Hinterlage.

2) Die Beleihung von staatlichen und andern von öffentlichrechtlichen Körperschaften ausgegebenen verzinslichen Schuldtiteln.

3) Die Gewährung von Darlehen an Staaten und öffentlich-rechtliche Körperschaften.

Wenn wir die Aufzählung dieser Geschäfte, die der Pfandbriefanstalt gestattet sind, überblicken, so sehen wir, dass sämtliche pfandverhaftete Vermögensstücke der Pfandbriefanstalt aus den Geschäften des ordentlichen Geschäftskreises herrühren oder umgekehrt, dass sämtliche aus dem gesamten aktiven Geschäft der Pfandbriefanstalt herrührenden Forderungen und Wertpapiere den Pfandbriefgläubigern pfandverhaftet sind, soweit die Pfandbriefanstalt daraus Gläubiger resp. Eigentümer ist. Eine Ausnahme der im Besitze der Pfandbriefanstalten befindlichen Werttitel machen bloss diejenigen Schuldbriefe und Gülten, die als faustpfändliche Hinterlage für Darlehen dienen. Denn diese stehen nicht im Eigentum der Pfandbriefanstalten, wohl aber sind wiederum die dieser faustpfändlichen Hinterlage zu Grunde liegenden Darlehen pfandverhaftet.

Wenn wir die verschiedenen Entwürfe betreffend die Regelung des Pfandbriefwesens überblicken und mit der Regelung des Teilentwurfs vergleichen, dann fällt uns auf, dass der Begriff der Deckung im Teilentwurf gar nicht enthalten ist und ebenfalls nicht die Einrichtung des Registers, in das die pfandverhafteten Werte eingetragen werden. Allerdings ist zu sagen, dass nur dann von Deckung gesprochen werden muss, wenn neben den pfandverhafteten Werten noch andere Werte im Vermögen des Pfandbriefschuldners vorhanden sind, die nicht pfandverhaftet sind. Da nun aber im Teilentwurf, wie wir oben angeführt haben, die gesamten aus dem ordentlichen Geschäftskreis der Pfandbriefanstalt herrührenden Vermögenswerte den Pfandbriefgläubigern pfandverhaftet sind, neben dem ordentlichen Geschäftskreis aber bloss vorübergehende und unbedeutende Vermögenswerte aus einem ganz engen ausserordentlichen Kreis von Geschäften (Wechsel, Depositenforderungen) bei der Pfandbriefbank liegen werden, so ist es überflüssig, von Deckung zu sprechen.

Es erhebt sich nun aber die Frage, ob dieses Pfandrecht schon vor seiner Ausübung eine Wirkung hat, wie sie eigentlich von einem Pfandrecht als einem beschränkt dinglichen Recht verlangt werden muss. Konkret gefasst lautet die Frage: Was für eine Rechtslage entsteht, wenn die Pfandbriefbank einen ihr zustehenden Vermögenswert, der den Pfandbriefgläubigern pfandverhaftet ist, beispielsweise veräussert?

Wie wir gesehen haben, werden die pfandverhafteten Werte weder in ein Register eingetragen noch erhalten die Titel einen Vermerk, der ihre Pfandverhaftung zum Ausdruck bringt. Veräussert also die Pfandbriefbank einen Schuldbrief oder eine Gült,

die in ihrem Eigentum stand und aus dem ordentlichen Geschäftskreis herrührte und den Pfandbriefgläubigern pfandverhaftet war, dann muss erkannt werden, dass mit der Veräusserung der Titel aus der Pfandhaft ausscheidet. Dies jedoch nicht unbedingt, sondern nur, wenn der Dritterwerber gutgläubig ist.

Nun könnte man allerdings erwidern, dass ohne weiteres jeder Dritte, der von einer Pfandbriefanstalt einen Vermögenswert erwirbt, sei es nun einen Schuldbrief oder eine Gült oder auch eine Darlehensforderung, ohne weiteres im bösen Glauben sei, denn er müsse ja wissen oder sollte wissen, dass die im Eigentum der Pfandbriefanstalt stehenden Grundpfandtitel und Darlehen den Pfandbriefgläubigern pfandverhaftet sind; allein dies ginge zu weit. Denn die Pfandbriefanstalt würde dadurch allzusehr in ihrem Geschäftsgebahren gehemmt und es würde ihr ja fast unmöglich gemacht, einen im Umfang des ordentlichen Geschäftskreises erworbenen Wert[1]) zu veräussern oder zu verpfänden. Dies muss umsomehr angenommen werden, als ja nicht nur ein Teil der aus dem ordentlichen Geschäftskreis herrührenden Vermögenswerte (etwa im Sinne der Deckung und des Gleichgewichtsprinzipes) pfandverhaftet sind, sondern eben alle. Der gutgläubige Dritte kann also rechtsgültig erwerben. Damit aber, dass die Pfandbriefanstalt nach dem Teilentwurf von 1898 pfandverhaftete Werte rechtsgültig veräussern konnte, sobald der Dritte gutgläubig war, ist nun noch nicht gesagt, dass zwar formell ein Pfandrecht bestehe, materiell aber eher ein Konkursprivileg vorhanden sei.

Denn wäre ein Konkursprivileg in Bezug auf sämtliche im Eigentum der Pfandbriefanstalt stehende Grundpfandtitel sowie an den Darlehensforderungen vorhanden, dann brauchte man bei der Veräusserung eines solchen Vermögenswertes nicht nach gutem oder bösem Glauben des Dritterwerbers zu fragen. Denn der gute oder böse Glaube käme ja gar nicht in Betracht, da das Konkursprivileg diejenigen Vermögenswerte, für die es besteht, nur in dem Umfange erfasst, wie sie zur Zeit des Konkurses vorhanden sind. Damit ist aber zugleich auch gesagt, dass die Pfandbriefanstalt vor der Konkurseröffnung ein freies Verfügungsrecht bezüglich dieser Vermögenswerte hat, unter Vorbehalt natürlich der paulianischen Klage. Es spricht also die Unterscheidung von bösem und gutem Glauben des Dritterwerbers in unserm Falle eher für das Vorhandensein eines Pfandrechts, nicht nur formell, sondern auch materiell. Dass diese Unterscheidung von bösem und

[1]) Der aus irgend einem Grunde aus der Pfandverhaftung zugunsten der Pfandbriefgläubiger weggefallen wäre.

gutem Glauben auch am Bestehen eines materiellen Pfandrechts zweifeln lässt, rührt davon her, dass diese Unterscheidung sonst weder im Grundpfandrecht (infolge des Grundbuches mit einer Publizitätswirkung) noch im Mobiliarpfandrecht (weil da die verpfändete Sache nicht im Besitz des Pfandschuldners bleibt) gemacht wird. Sie ist allein gerechtfertigt durch die besondere Gestaltung des Forderungspfandrechtes in der Ordnung des Pfandbriefwesens, indem eben der Gegenstand des Pfandrechtes beim Pfandschuldner bleibt. Die Unterscheidung von bösem und gutem Glauben des Dritterwerbers ist aber nicht nur gerechtfertigt, sondern sie ist auch notwendig im Interesse der Verkehrssicherheit. Denn wenn ein Dritter von einer Pfandbriefanstalt einen Vermögenswert, sei es nun eine Forderung oder einen Werttitel, wie Schuldbrief oder Gült, erwirbt ohne zu wissen, dass dieser Wert pfandverhaftet ist, so geht es nicht an, diesem Gutgläubigen gegenüber plötzlich ein an der Sache haftendes Pfandrecht geltend zu machen.

Am Ende dieser Erörterungen können wir also feststellen, dass schon der dritte Teilentwurf zum Z. G. B. ein Pfandrecht (formell und auch materiell) statuiert, ein Pfandrecht allerdings, das nicht sehr stark wirkt, indem der Kreis von gutgläubigen Dritterwerbern der verfpändeten Sache sehr gross ist, infolge Mangels von Massnahmen, die die Dinglichkeit des Pfandrechtes stärker zum Ausdruck bringen, wie z. B. Deckung, Deckungsregister, Anmerkung auf den Titeln.

2. *Im Vorentwurf zum Z. G. B. und im Z. G. B.*

Der Vorentwurf des eidgenössischen Justiz- und Polizeidepartementes vom Jahre 1900 umschreibt das Pfandrecht der Pfandbriefe folgendermassen: «Die von den Pfandbriefanstalten ausgegebenen Pfandbriefe gewähren ihren Gläubigern ein Pfandrecht an den der Anstalt gehörenden Grundpfandtiteln, sowie an den Forderungen, die dem ordentlichen Geschäftskreis der Anstalt entspringen.»

Die Formulierung dieses Artikels weist nur geringe Veränderungen auf gegenüber der des Teilentwurfs. Gemeinsam mit dem Teilentwurf gewährt er, was die rechtliche Sicherung der Pfandbriefe anbelangt, ein Pfandrecht, das den Pfandbriefen von Gesetzeswegen gegeben ist. Dieses Pfandrecht erstreckt sich auf gewisse Vermögensteile der pfandbriefausgebenden Anstalt: Auf Grundpfandtitel und Darlehen, die dem ordentlichen Geschäftskreis entspringen. Dabei ist sowohl im Teilentwurf als auch im Vorentwurf festgelegt worden, welches der ordentliche Geschäfts-

kreis einer pfandbriefausgebenden Anstalt sein müsse: In erster Linie steht als Hauptgeschäftszweig das Gewähren von Darlehen gegen Grundpfand, also gegen Grundpfandverschreibung, Schuldbrief und Gült. Ferner ist zugelassen die Beleihung von verzinslichen Schuldverschreibungen, die von Staaten oder öffentlich-rechtlichen Körperschaften ausgegeben worden sind; endlich noch die Gewährung von Darlehen an Staaten und öffentlich-rechtliche Körperschaften.

In einer Linie mit diesen beiden Formulierungen der rechtlichen Sicherstellung der Pfandbriefe steht Artikel 916 Z. G. B., der jetzt geltendes Recht darstellt.

Die Natur der Pfandbriefsicherung ist die gleiche geblieben: Die Pfandbriefe haben ein gesetzliches Pfandrecht an den der Ausgabestelle gehörenden Grundpfandtiteln sowie an den Darlehensforderungen, die dem ordentlichen Geschäftskreis entspringen. Der Inhalt des ordentlichen Geschäftskreises wird allerdings hier nicht mehr umschrieben. Doch wurde dies unterlassen, weil die Befugnis der Konzessionierung von pfandbriefausgebenden Anstalten den Kantonen überlassen wurde, zum Unterschied von Teil- und Vorentwurf, wo der Bundesrat diese Befugnis haben sollte. Bis zur bundesgesetzlichen Regelung des Pfandbriefwesens werden also die Kantone die Bedingungen aufstellen, die erfüllt sein müsen, um die Befugnis der Pfandbriefausgabe zu erlangen. So werden also auch die Kantone festsetzen, was zu einem ordentlichen Geschäftskreis der pfandbriefausgebenden Anstalt gehört. Den Kantonen ist in der Umschreibung dieses Geschäftskreises keine Schranke gesetzt, doch werden sie sich gegebenenfalls wohl an die Umschreibungen des Teil- und des Vorentwurfs halten. Denn die allgemeine Meinung über die Grundlage der Pfandbriefe ist die, dass sie einen höchst möglichen Grad von Sicherheit habe. Diese Sicherheit aber kann nur durch den Abschluss von möglichst risikolosen Geschäften hergestellt werden. Neben den Darlehen gegen grundpfändliche Sicherheit werden sie also auch die Beleihung von staatlichen Obligationen und solcher öffentlich-rechtlicher Körperschaften zulassen. Diese Beleihung ist ein ziemlich risikoloses Bankgeschäft. Denn erstens haben diese Obligationen einen grossen Markt (Z. B. in der Schweiz die Obligationen des Bundes und der Kantone). Es wird also, wenn der Schuldner nicht fähig ist, sein Darlehen zurückzuzahlen, leicht möglich sein, durch Veräusserung dieser Obligationen wieder zu Barmitteln zu gelangen.

Anderseits bieten diese Obligationen infolge ihrer geringen Kursschwankungen eine grosse Gewähr gegen Pfandentwertung. Eine andere Frage ist die, ob Obligationen ausländischer Staaten

und öffentlichrechtlicher Körperschaften als Deckung zulässig sind. Die kantonale Gesetzgebung kann sich dazu auf zwei Arten einstellen: Entweder gestattet sie nicht, ausländische staatliche Obligationen in die Deckung einzubeziehen oder aber sie sagt nichts darüber.

Im ersten Fall ist die Sachlage einfach. Darüber ist keine weitere Erörterung nötig. Wie aber im zweiten Fall?

Wieder vom Grundsatz der grösstmöglichen Sicherheit der Pfandbriefdeckung ausgehend, möchten wir sagen, dass es nicht ratsam sei, ausländische Papiere in die Deckung aufzunehmen und seien es auch Staatsobligationen. Denn ganz abgesehen davon, dass die Ueberprüfung des Finanzgebahrens eines Staates (davon hängt das Vertrauen in die Sicherheit solcher Obligationen ab) von einem andern Staate aus schwierig ist, so sind die politische Lage und Verhältnisse des betreffenden Staates für Aussenstehende noch viel schwieriger zu beurteilen. Beides sind Gründe, die einer Aufnahme ausländischer Staatsobligationen in die Pfandbriefdeckung widerstreben.

Sowohl im Vorentwurf als auch im Z. G. B. ist den Pfandbriefen ein Pfandrecht gewährt, sowohl formell als auch materiell. Was die Regelung im Vorentwurf anbelangt, so haben wir auch dort ein Pfandrecht, das wie dasjenige des Teilentwurfs nicht gerade von starker Wirkung ist. Auch im Vorentwurf sind noch keine Massnahmen vorgesehen, die den Kreis der gutgläubigen Dritterwerber möglichst klein machen. Ebenfalls nicht im Z. G. B., das ja die eingehende Regelung bis zur Ordnung der Materie durch den Bundesgesetzgeber den Kantonen überlässt.

3. Im Entwurf des Bundesrates zu einem Bundesgesetz über die Ausgabe von Pfandbriefen.

a) Allgemein.

Artikel 20 des Entwurfes lautet: «Die von Einzelanstalten ausgegebenen Pfandbriefe und die von Mitgliedern der Pfandbriefzentralen bezogenen Vorschüsse geniessen ein Pfandrecht an den im Deckungsregister eingetragenen Werten, desgleichen die Pfandbriefe der Zentralen an den von ihnen gewährten pfandversicherten Vorschüssen, ohne dass, unter Vorbehalt von Artikel 23, ein besonderer Verpfändungsvertrag und die Uebergabe der Deckungswerte an die Pfandbriefgläubiger oder Vorschussgläubiger oder deren Vertreter notwendig wäre.»

Aus dem Zusammenhang des Gesetzentwurfes herausgenommen, ist dieser Artikel etwas schwer zu erfassen. Um nun den

Zweck der Begriffsbestimmung des Pfandrechtes der Pfandbriefe zu erreichen, wollen wir inhaltlich den Artikel etwas vereinfachen.

Vorauszuschicken ist, dass der Entwurf für die Pfandbriefausgabe zwei Wege vorsieht. Es können Pfandbriefe ausgeben

1) Einzelne Kreditanstalten,

2) Zentrale Kreditanstalten, sog. Pfandbriefzentralen.

Das Verhältnis der von den unter 1) und unter 2) genannten Anstalten zu den als Deckung bezeichneten Grundpfandtiteln ist nicht dasselbe. Bei der ersten Gruppe von pfandbriefausgebenden Anstalten haben wir rechtlich betrachtet ein Verhältnis von drei beteiligten Subjekten. Um uns das zu vergegenwärtigen, stellen wir uns den Geschäftsgang eines solchen Kreditinstitutes vor, wobei allerdings zu bemerken ist, dass diese Betrachtung nur eine systematische sein kann und alle Kompliziertheiten der Praxis weggelassen werden, insofern sie für die rechtliche Betrachtung der Vorgänge nicht wesentlich sind oder überhaupt nicht in Betracht fallen.

Das zur Pfandbriefausgabe ermächtigte Institut wird zunächst, um sich Mittel für das Hypothekargeschäft zu verschaffen, Pfandbriefe ausgeben und zwar wird das, wie wir gesehen haben, in der Regel in der Form der öffentlichen Anleihe vor sich gehen. Aus dieser Pfandbriefausgabe entsteht nun zunächst e i n Rechtsverhältnis: Dasjenige zwischen ausgebendem Institut und dem Pfandbriefgläubiger. Mit den auf diese Art hereingenommenen Mitteln werden und müssen nun Darlehen gewährt werden an Grundeigentümer gegen grundpfändliche Sicherheit, also gegen Gült, Schuldbrief und Grundpfandverschreibung. Daraus entsteht nun ein zweites Rechtsverhältnis: Dasjenige zwischen Grundeigentümer und dem darlehengewährenden (und zugleich pfandbriefausgebenden) Institut. An diesen zur Sicherstellung der Darlehensforderungen bei der Bank liegenden Grundpfandwerten haben nun die Pfandbriefgläubiger ein Pfandrecht von Gesetzes wegen für ihre Forderungen aus dem Pfandbrief.

Das Resultat dieser Art der Organisation der Pfandbriefausgabe in Bezug auf das Verhältnis von Pfandbrief zu Grundpfandwert besteht darin, dass zwischen Pfandbrief und Grundpfandwert ein direktes Verhältnis herbeigeführt wird, eben das Pfandrecht der Pfandbriefe am Grundpfandwert, wobei drei Rechtssubjekte beteiligt sind, nämlich: Pfandbriefgläubiger, pfandbriefausgebende Bank und der Schuldner aus den Grundpfandwerten.

Wie gestalten sich nun die Verhältnisse bei der zweiten Gruppe der pfandbriefausgebenden Anstalten, bei den sogenannten Pfandbriefzentralen? Hier sind vier Subjekte beteiligt. Um dies

klar zu legen ist die systematische Betrachtung des Geschäftsganges (mit den gleichen oben gemachten Vorbehalten) bei dieser Organisation der Pfandbriefausgabe wiederum das gegebene. Zur Finanzierung des Hypothekarkredites werden auch hier Pfandbriefe ausgegeben und zwar in diesem Falle von einer sogenannten Pfandbriefzentrale. Zum Unterschied von den pfandbriefausgebenden Instituten der ersten Gruppe, betreiben nun diese Pfandbriefzentralen mit ihren aus der Pfandbriefausgabe gewonnenen fremden Mitteln keine Hypothekarkreditgeschäfte, sondern sie führen ihre fremden Mittel in Form von Vorschüssen an ihre Mitglieder ab. Diese Mitglieder sind in der Regel Bankinstitute, die nicht selber Pfandbriefe ausgeben wollen oder dürfen. Mit diesen Vorschüssen nun betreiben die Mitglieder das Hypothekarkreditgeschäft und treten ihrerseits in Verbindung mit den Grundeigentümern. Auch hier werden diese Darlehen grundpfändlich sichergestellt. Die Grundpfandwerte, die im Besitze der Mitglieder der Pfandbriefzentralen sind und bleiben, sind ihrerseits das Pfand für die von der Zentrale gewährten Vorschüsse. Diese Vorschüsse wiederum haften als Pfand für die Forderungen der Pfandbriefgläubiger. Aus dieser schematischen Darstellung ist zu ersehen, dass vier Subjekte beteiligt sind: Pfandbriefgläubiger, Pfandbriefzentrale, Mitglied der Pfandbriefzentrale und schliesslich der Schuldner aus dem Grundpfandwert.

Das Verhältnis der Pfandbriefe zu den Grundpfandtiteln ist hier nicht ein direktes wie in der ersten Gruppe, sondern den Pfandbriefgläubigern haftet in erster Linie das Vermögen der Zentrale und dann als Pfand die Vorschüsse. Diese Vorschüsse sind aber wiederum pfandversichert durch die Grundpfandtitel. Diese sind gewissermassen ein Pfand für ein Pfand und treten auch so, freilich nur indirekt, in rechtliche Beziehung zu den Pfandbrieffforderungen.

Wir haben nun versucht, die beiden Systeme der Pfandbriefausgabe, wie sie der Entwurf vorsieht, in kurzen Zügen klarzulegen. Wir werden nun in der Folge zuerst das Pfandrecht der Pfandbriefe der einzelnen Kreditinstitute, sodann dasjenige der Pfandbriefe der Zentralen betrachten.

b) Das Pfandrecht der Pfandbriefe der einzelnen Kreditinstitute.

I. Die Objekte dieses Pfandrechtes.

Art. 20 des bundesrätlichen Entwurfes eines Pfandbriefgesetzes bestimmt, dass die von Einzelanstalten ausgegebenen

Pfandbriefe ein Pfandrecht an den im Deckungsregister eingetragenen Werten geniessen.

Damit wären die Objekte des Pfandrechtes ihrem Umfange nach bestimmt, indem also nur solche Werte pfandverhaftet sind, die im Deckungsregister eingetragen sind. Was die Objekte dieses Pfandrechtes inhaltlich sind, welche Natur diese eingetragenen Werte haben, ist damit noch nicht gesagt. Ueber diese Frage geben Aufschluss die Artikel 19 und 15 des Entwurfes. Artikel 19 Ziffer 1 indem er bestimmt, dass die Deckungsforderungen in ein Register einzutragen seien. Dieses Register ist mit dem in Artikel 20 genannten Deckungsregister identisch. Dadurch ist zu ersehen, dass die Werte des Artikel 20, an denen ein Pfandrecht besteht, in den sogenannten Deckungsforderungen des Artikel 19 bestehen. Was nun der Entwurf mit diesen Deckungsforderungen meint, darüber gibt Artikel 15 Aufschluss. Artikel 15 statuiert, dass die im Umlauf befindlichen Pfandbriefe und die darauf ausstehenden pfandversicherten Zinse g e d e c k t sein müssen durch Forderungen, die durch schweizerische Grundpfänder versichert sind. Ohne Zweifel sind in Artikel 19 unter Deckungsforderungen diese Forderungen, die die umlaufenden Pfandbriefe decken müssen, gemeint. Damit steht aber auch fest, dass die Werte, von denen Artikel 20 spricht und an denen das Pfandrecht besteht, diese durch schweizerische Grundpfänder versicherten Forderungen sind. (Wir lassen hier vorläufig die Möglichkeit ausser Acht, dass diese Werte auch in faustpfandversicherten Vorschüssen (Art. 15), öffentlich kotierten Schuldverschreibungen (Art. 16) oder in Geld (Art. 16) bestehen können).

Nach Artikel 793 Z. G. B. kann das Grundpfand nur in der Form von Grundpfandverschreibung, Schuldbrief und Gült bestellt werden.

Somit können die pfandverhafteten Deckungswerte nur in diesen 3 Formen vorhanden sein.

II. Die Natur des Pfandrechtes der Pfandbriefe.

Nachdem nun als Objekte des Pfandrechtes der Pfandbriefe Grundpfandverschreibung, Schuldbrief und Gült sich ergeben haben, kann nun die Natur dieses Pfandrechtes bestimmt werden.

Denn je nach dem vom Pfandrecht erfassten Objekt, stellt sich das Pfandrecht als Grundpfandrecht oder als Mobiliarpfandrecht dar, wobei letzteres wiederum nicht ein einheitliches Institut ist, indem beim Mobiliarpfandrecht je nach dem Objekt des Pfandrechtes unterschieden wird zwischen Fahrnispfand und Pfandrecht an Forderungen und Rechten.

Rechtssatz. Diese Bemerkung ist allerdings insofern besonderer Natur, als sie vom Gesetzesredaktor herrührt, und somit die Absicht darlegt, wie er den zukünftigen Rechtssatz ausgelegt haben möchte. Allein dies hindert nicht zu untersuchen, ob sich aus dem Gesetzesentwurf nicht eine andere Möglichkeit der Auslegung ergibt und wenn dies nicht der Fall sein sollte, ob die vom Gesetzgeber vorgesehene Ordnung den Verhältnissen angepasst und zweckmässig ist. Was den ersten Teil dieser Alternative anbelangt, so könnte man allerdings bemerken: Der Entwurf begründet ein gesetzliches Pfandrecht der Pfandbriefe an den Deckungswerten. Dieses gesetzliche Pfandrecht erfasst nun automatisch alle zur Pfandbriefdeckung bestimmten Werte und zwar von dem Zeitpunkt an, wo die betreffenden Werte sich im mittel- oder unmittelbaren Besitz der pfandbriefausgebenden Anstalt befinden. Die Entstehung des Pfandrechtes wäre dann nicht abhängig von der Eintragung in ein Register. Nun kann sich aber diese Argumentation nicht auf den Gesetzesentwurf stützen. Artikel 20 sagt ja ausdrücklich: Die Pfandbriefe haben ein Pfandrecht an den im Deckungsregister eingetragenen Werten. Durch argumentum e contrario ergibt sich dann eben, dass nicht in das Deckungsregister eingetragene Werte dem Pfandrecht der Pfandbriefe nicht unterworfen sind.

Allein ob diese Ordnung der Verhältnisse eine zweckmässige ist, ist eine andere Frage. Sicherlich bewirkt ja der Umstand, dass das Pfandrecht mit der Registereintragung entsteht, gegen aussen eine klare Scheidung der pfandverhafteten Werte von den übrigen bei der Bank liegenden Werten. Dies zu bewirken ist ja auch unseres Erachtens einer der Hauptzwecke des Registers. Wenn man aber bedenkt, wie stark der Wechsel des Hypothekenbestandes einer Bank ist, so könnte es auch leicht vorkommen, dass die Registereintragung nachhinkt und das Register nicht den vollen Bestand an Deckungswerten enthält, den es enthalten sollte. Nun erscheint es aber doch unseres Erachtens etwas weitgehend, die Entstehung des Pfandrechtes von einer Eintragung abhängig zu machen, deren rechtzeitige Vornahme doch mehr oder weniger von Zufällen des internen Geschäftsverkehres abhängig ist. Eine solche Regelung würde auch kein genügender Schutz für die Pfandbriefgläubiger sein. Hätte nämlich eine Bank Grundpfandforderungen bei sich liegen, die für die Deckung der Pfandbriefe erworben wurden, aber noch nicht im Deckungsregister eingetragen sind, dann würde der Bank nichts im Wege stehen, diese Grundpfandforderungen bei etwaigem momentanem Geldbedarf zu verpfänden. Der Pfandgläubiger würde dann vollberechtigter, durch keinerlei Rechte der Pfandbriefgläubiger (die ja infolge

der Nichteintragung in das Register noch gar kein Pfandrecht erworben hätten) beeinträchtigter Pfandgläubiger. Dies sogar auch dann, wenn die die Titel verpfändende Bank diese mit der Bemerkung übergäbe, die Grundpfandforderungen seien zur Dekkung der Pfandbriefe bestimmt. Denn solange die Grundpfandforderungen den Pfandbriefgläubigern noch nicht pfandverhaftet sind, ist die pfandbriefausgebende Bank in der Verfügung über die Titel völlig frei. Allerdings macht sie sich dadurch eines Verstosses gegen das Deckungsprinzip schuldig, wonach alle im Umlauf befindlichen Pfandbriefe durch grundpfandversicherte Forderungen gedeckt sein müssen. Damit kommen wir aber auch auf einen Widersrpuch, der besteht zwischen dem Deckungsprinzip und der Entstehung des Pfandrechtes erst mit der Eintragung in das Deckungsregister. Denn einerseits wird statuiert, dass die Pfandbriefe jederzeit durch grundpfändlich versicherte Forderungen gedeckt sein müssen, andrerseits entsteht das Pfandrecht der Pfandbriefe nicht schon mit dem Zeitpunkt der vollständigen Deckung, sondern erst später durch die Registereintragung. Dieser Widerspruch wäre nun allerdings nicht da, wenn die Begriffe Deckung und Pfandverhaftung Begriffe mit verschiedener Bedeutung wären. Dann wäre es ja sehr leicht denkbar, dass bei einer Bank Grundpfandtitel mindestens in der Höhe der Pfandbriefausgabe lägen, dass aber von diesen Titeln nur die, die im Register eingetragen wären, den Pfandbriefen pfandverhaftet wären.

Nur von theoretischer, nicht aber von praktischer Bedeutung wäre der Unterschied zwischen Deckung und Pfandverhaftung in einem Fall, nämlich wenn die pfandbriefausgebende Bank als Gläubiger bloss Pfandbriefinhaber hätte. Wenn dann diese Pfandbriefgläubiger für ihre Forderungen aus dem Pfandbrief voll gedeckt wären, könnte es ihnen höchst gleichgültig sein, ob ihnen diese Deckung pfandverhaftet wäre oder nicht. Käme doch im Konkurs der Bank die gesamte Deckung zur Verwertung zu Gunsten der Pfandbriefgläubiger als alleiniger Gläubiger (bezüglich des Zinsenlaufes wäre es allerdings nicht gleichgültig, ob Pfandverhaftung oder blosse Deckung vorhanden wäre (Sch. K. G. 209).

Sobald aber neben die Pfandbriefgläubiger andere Gläubiger treten, z. B. Obligationengläubiger, Kontokorrentgläubiger etc., ist es für die Pfandbriefgläubiger gar nicht mehr gleichgültig, ob mit der vollen Deckung der Pfandbrieffordernngen zugleich auch die Pfandvehaftung der letzteren zu Gunsten der ersteren eingetreten ist oder nicht. Denn in dem Falle, auf den sich ja die ganze Frage der Sicherung der Pfandbriefgläubiger zuspitzt, im Kon-

kursfall, würden die Verhältnisse sich dann folgendermassen gestalten: Zunächst würden die pfandverhafteten Grundpfandforderungen zu dem übrigen Vermögen der Bank als der Konkursmasse gezogen, natürlich unter dem Vorbehalt des den Pfandgläubigern gewährten Vorrechtes (198 Sch. K. G.).

Zu der Konkursmasse würden aber auch die übrigen Grundpfandforderungen gezogen, die wohl zur Deckung der Pfandbriefforderungen bestimmt waren, aber noch nicht oder nicht mehr im Deckungsregister eingetragen wären. Bei der Verwertung ginge es nun zunächst so, dass die pfandverhafteten Grundpfandforderungen zugunsten der Pfandbriefgläubiger verwertet würden. Da nun aber infolge irgend welcher Umstände nicht die ganze Pfandbriefdeckung im Register eingetragen, d. h. pfandverhaftet wäre, so würden die Pfandbriefgläubiger nicht im vollen Betrage ihrer Forderungen gedeckt. Die Folge wäre, dass die Pfandbriefgläubiger für den ungedeckten Teil ihrer Forderungen mit den übrigen Gläubigern der konkursiten Bank konkurrieren müssten und diesen gegenüber, was den ungedeckten Teil ihrer Forderung anbelangt, keine Vorzugsstellung mehr inne hätten. Diesem Nachteil sucht nun allerdings der Entwurf vorzubeugen, indem in Artikel 25 festgesetzt wird, dass Pfandbriefe (und Vorschüsse) im Konkurs der ausgebenden Bank ein Vorrecht zweiter Klasse geniessen für einen Betrag in der Höhe der fehlenden Pfandbrief- oder Vorschussforderung. Auch dies ist wiederum ein Privileg zugunsten der Pfandbriefgläubiger, denn an und für sich kämen diese ungedeckten Forderungen ohne diese Sonderbestimmung in die fünfte Klasse der Gläubiger (219 Sch. K. G.). Ein Nachteil würde allerdings trotz dieses eingeräumten Konkursprivilegs bleiben: Da der unbefriedigte Teil der Pfandbrieforderung nicht pfandversichert wäre, so würde der Zinsenlauf für die nicht befriedigten Pfandbrieforderungen aufhören, was immerhin einen nicht unbedeutenden Verlust für die Pfandbriefgläubiger bedeuten würde.

Betrachten wir nun die Konsequenzen, die sich zwar nicht notwendigerweise, aber doch möglicherweise aus einer derartigen rechtlichen Ordnung von Deckung, Pfandrecht und Register ergeben, so können wir, wie wir glauben, mit Recht folgendes bemerken:

1) Der Wert des Deckungsprinzipes wird zum grössten Teil illusorisch, wenn das Pfandrecht an den Deckungswerten erst mit der Registereintragung entsteht.

2) Es ist der Willkür der pfandbriefausgebenden Bank überlassen, zu welchem Zeitpunkt die zur Deckung bestimmten Werte in das Register eingetragen, d. h. pfandverhaftet werden sollen.

3) Der Schutz der Pfandbriefgläubiger ist demnach möglicherweise nicht genügend. Damit verbunden kann aber unter Umständen eine nicht unwesentliche Benachteiligung der übrigen Gläubiger der emittierenden Bank verbunden sein.

4) Diese Benachteiligung wird verstärkt durch das den Pfandbriefgläubigern eingeräumte Konkursprivileg zweiter Klasse, wobei dieses anderseits wiederum nicht die durch die unvollkommene Ordnung der Entstehung des Pfandrechtes hervorgerufenen Nachteile ganz zu beseitigen vermag.

Mit Recht bemerkt auch die bundesrätliche Botschaft im allgemeinen Teil: «Indem unser Entwurf verzichtet 1. auf die Abstempelung oder Anmerkung auf den Urkunden, 2. auf den Sperrverschluss, 3. auf die Mitverhaftung der nicht im Register eingetragenen, aber zur Deckung bestimmten Werte, sowie der eingetragenen, aber veräusserten oder Dritten verpfändeten Forderungen mit Wertpapiereigenschaft, vermindern wir da nicht den Wert des Pfandrechtes? Diese Frage kann nicht anders als bejaht werden».

Es kann also die zu Beginn dieser Erörterungen gestellte Frage, ob die im Entwurf von 1925 vorgesehene Ordnung den Verhältnissen angepasst und zweckmässig sei, in negativem Sinne beantwortet und der Ordnung des Expertenberichtes der Vorzug gegeben werden.

Eine Frage bleibt allerdings noch zu beantworten übrig. Wenn nämlich das Pfandrecht nicht mit der Registereintragung entsteht, wann soll es dann entstehen?

Der Entwurf der Experten, der ja das Pfandrecht nicht mit der Registereintragung entstehen lässt, gibt auf diese Frage keine Antwort. Wir möchten diese Frage folgendermassen beantworten: Die pfandbriefausgebende Anstalt kann auf zwei Wegen Gläubigerin aus einer grundpfändlich versicherten Forderung werden:

1) Dadurch, dass sie aus einer schon bestehenden Grundpfandforderung forderungsberechtigt wird (z. B. durch Kauf).

2) Dadurch, dass die grundpfändlich versicherte Forderung mit der Bank als Gläubigerin erst begründet wird.

Im ersten Fall tritt die Bank in das Forderungsrecht ein nach der Tradition durch den sich des Gläubigerrechtes entäussernden Gegenkontrahenten (dies bei Wertpapieren, also bei Schuldbrief und Gült 869 Z. G. B.).

Im zweiten Fall wird die Bank Gläubigerin aus der Grundpfandforderung durch den Grundbucheintrag.

Sobald nun die Bank auf die eine oder andere Art Gläubigerin aus der Grundpfandforderung geworden ist, kann das gesetzliche Pfandrecht an ihr zugunsten der Pfandbrieforderungen ent-

stehen. Allerdings müssen die nun der Bank gehörenden Grundpfandforderungen einem bestimmten Kriterium genügen: Sie müssen zur Deckung der Pfandbrieffforderungen bestimmt sein.

Dieses Kriterium zu verlangen ist daher notwendig, weil eine Bank, die neben dem Hypothekarkreditgeschäft noch die Geschäfte einer Handelsbank pflegt, Grundpfandforderungen nicht nur mit dem Gelde der Pfandbriefgläubiger aufnimmt oder erwirbt, sondern diese auch zur Anlage anderweitig ihr zugeflossener Gelder benützen kann.

Welches sind nun die Voraussetzungen dieses Kriteriums, die von einer erworbenen oder begründeten Grundpfandforderung erfüllt sein müssen, damit sie unter die Pfandverhaftung zugunsten der Pfandbriefe fällt?

Wir möchten zwei zu erfüllende Voraussetzungen statuieren:

1) Die Grundpfandforderung muss mit dem Gelde, das der pfandbriefemittierenden Bank durch die Pfandbriefausgabe zugeflossen ist, begründet oder erworben werden.

2) Die so begründete oder erworbene Grundpfandforderung muss mit der Bestimmung, dass sie zur Deckung der Pfandbriefe dienen soll, den Vermögensbeständen der Bank einverleibt werden.

Zu diesen beiden Voraussetzungen ist folgendes zu bemerken:

Zu 1). Für den Fall der Unmöglichkeit, das aufgenommene Geld unmittelbar in Deckungsforderungen anzulegen, sind zwei Möglichkeiten da. Die eine Möglichkeit besteht darin, dass das Geld, das der Bank durch die Pfandbriefausgabe zugeflossen ist, in der Form in der Bank aufbewahrt wird, in der es als Erlös des Pfandbriefanleihens der Bank zugekommen ist, also in der Regel als bares Geld. Dies natürlich nur dann, wenn die Möglichkeit, Grundpfandforderungen zu begründen oder zu erwerben, fehlt.

Der andere mögliche Fall ist der, dass das bare Geld, bis es zur Anlage in Grundpfandforderungen herangezogen werden kann, zu andern Anlagen verwendet wird. Der Vorteil dieses Vorgehens für die Bank liegt auf der Hand. Bares Geld, das bei der Bank liegt, wirft der Bank keinen Ertrag ab, wohl aber die Anlage in zinstragenden Wertpapieren, Wechseln etc.

Diese beiden Möglichkeiten sind denn auch sowohl im Entwurf der Experten als auch im bundesrätlichen Entwurf vorgesehen. Allerdings ist es in beiden Entwürfen der einzelnen pfandbriefausgebenden Bank nicht anheimgestellt die Anlagen für das ihr aus der Pfandbriefausgabe zugeflossene Geld frei zu wählen. Im Gegenteil, es sind ihr enge Grenzen gezogen. Aus dem grossen Gebiet des Wertpapiermarktes kommen für sie nur die an der Börse gehandelten Wertpapiere in Betracht und von diesen wiederum nur die Schuldverschreibungen des Staates, der Kan-

tone oder anderer Körperschaften, die das Recht der Steuererhebung haben. Der Grund dieser Beschränkung ist der, dass diese Wertpapiere eben als Ersatzdeckung für die Pfandbriefe zu dienen haben. Diese Deckung muss aber möglichst sicher sein und einen möglichst stabilen Wert haben. Die nicht festverzinslichen Papiere sind daher von Anfang an ausgeschlossen, infolge ihrer unter Umständen grossen Wertschwankungen. Diese für den Deckungszweck nachteilige Eigenschaft weisen die festverzinslichen Wertpapiere nicht oder nur in geringem Masse auf.

Zu 2). Die Bestimmung, ob eine Grundpfandforderung zur Deckung gehören soll oder nicht, geht aus dem jeweiligen Status der Bank hervor. Sind die umlaufenden Pfandbriefe nicht voll durch Grundpfandforderungen gedeckt, d. h. ist eine Ersatzdeckung im obigen Sinne da, bestehend aus Wertpapieren oder Geld, so muss die betreffende Bank danach trachten, das Erfordernis der vollständigen Deckung durch Grundpfandwerte zu erfüllen. Werden nun in einem solchen Momente Grundpfandwerte erworben oder begründet, so müssen sie zur Deckung verwendet werden, indem die zum Erwerb erforderlichen Werte aus der Ersatzdeckung herausgenommen werden. Dies muss auch dann der Fall sein, wenn aus anderer Quelle als aus der Pfandbriefausgabe herrührende Gelder bei der Bank lägen, bereit zur Anlage in ertragbringenden Werten. Das gesetzliche Erfordernis der vollständigen Deckung der Pfandbriefe mit Grundpfandwerten geht eben vor. Nimmt die Bank Grundpfandwerte auf und fügt sie nicht der Deckung bei, obschon die Pfandbriefe zum Teil nur ersatzweise gedeckt sind, so macht sie sich eines Verstosses gegen das Deckungsprinzip schuldig, der seine Ahndung nach den im Pfandbriefgesetz aufgestellten Strafbestimmungen finden wird.

Welches sind nun die Folgen, die sich daraus ergeben, dass das Pfandrecht an den Grundpfandwerten schon mit dem Zeitpunkt des Erwerbes seitens der Bank unter den obigen Voraussetzungen entsteht?

Nach zwei Seiten hin äussern sich die Konsequenzen einer solchen Ordnung:

1) Gegenüber den Pfandbriefgläubigern.

2) Gegenüber dritten Erwerbn von pfandverhafteten Grundpfandwerten.

Was die Pfandbriefgläubiger anbelangt, so besteht für sie dadurch, dass das Pfandrecht schon mit dem Erwerb des zur Dekkung bestimmten Titels entsteht, eine grössere Sicherheit, dass sie im Konkursfall durch Grundpfandforderungen gedeckt sind, als wenn das Pfandrecht sich nur auf die im Register eingetragenen Werte erstreckt. Es sind dann eben auch die nicht eingetragenen

Werte pfandverhaftet zugunsten der Pfandbriefgläubiger.

Gegenüber dritten Erwerbern haben wir folgende Wirkungen: Entsteht das Pfandrecht erst mit der Registereintragung, dann erwirbt der Dritte Grundpfandforderungen, die zur Deckung bestimmt waren, ohne jede Voraussetzung rechtsgültig, im Register eingetragene Werte nur dann, wenn er im guten Glauben ist. Entsteht dagegen das Pfandrecht schon mit dem Zeitpunkt des Erwerbes des Wertes, so erwirbt der Dritte die Werte nur dann rechtsgültig, wenn er im guten Glauben ist. In diesem Fall ist der Erwerb einer pfandverhafteten Grundpfandforderung also immer an den guten Glauben geknüpft.

III.

Die rechtliche Natur der Pfandbriefe des Entwurfes.

Die beiden möglichen Antworten auf die Frage nach der rechtlichen Natur des Pfandbriefes sind die, dass der Pfandbrief entweder eine Anleihensobligation ist oder aber, dass er ein Hypothekartitel ist wie Schuldbrief oder Gült.

Weder der Entwurf noch die Vorbemerkungen zum Entwurf äussern sich zu dieser Frage. Sie muss also indirekt und aus dem Zusammenhang und dem Sinn der Entwurfsbestimmungen heraus beantwortet werden. Die Lösung, dass der Pfandbrief ein Hypothekartitel sei, wäre wohl unhaltbar und aus dem Entwurf heraus nicht zu begründen. Denn wäre der Pfandbrief ein Hypothekartitel, dann stünde der Pfandbriefgläubiger in direkten rechtlichen Beziehungen zu dem Grundeigentümer, d. h. dem Pfandbriefgläubiger würde die Forderung gegen den Grundeigentümer oder dessen Nachfolger in der Schuldpflicht zustehen, das Pfandrecht am Grundstück wäre zu seinen Gunsten errichtet worden. Der Pfandbriefgläubiger hätte gegenüber dem Pfandeigentümer die Sicherungsbefugnisse bei einer eventuellen Wertverminderung der Pfandsache. Allein aus den Bestimmungen des Entwurfs geht hervor, dass eine solche Ordnung nicht vorgesehen sein kann. Pfandbriefausgabe einerseits und Darlehensgewährung gegen Grundpfandsicherheit anderseits schaffen zwei ganz verschiedene Rechtsverhältnisse. Das eine entsteht durch die Pfandbriefausgabe zwischen der Bank und den Pfandbriefinhabern. Die Bank wird Schuldnerin aus dem Pfandbrief, der Pfandbriefinhaber Gläubiger aus diesem und bekommt die Rechte, die aus dem Pfandbrief sich ergeben.

Der Begründung dieses Rechtsverhältnisses steht nun gegenüber die Darlehensgewährung seitens der Bank an einen Grundeigentümer gegen grundpfändliche Sicherheit. In der Regel wird eine solche Darlehensgewährung ihren Ausdruck erhalten in der Errichtung einer Grundpfandverschreibung, eines Schuldbriefes oder einer Gült. Pfandbriefgläubigerin bei der Grundpfandverschreibung wird die Bank und als solche auch im Grundbuch eingetragen. Ebenso wenn Schuldbrief oder Gült auf den Namen der Bank errichtet werden, so wird die Bank als Gläubigerin im Grundbuch eingetragen.

Die Bank wird Gläubigerin des Schuldners, ihr steht das Grundpfandrecht zu, sie ist berechtigt Zinszahlungen und eventuelle Annuitäten zu empfangen, sie kann Schulderleichterungen, Pfandentlassungen gewähren. Ob sie das aus eigenem Recht tut oder nicht, wollen wir hier nicht untersuchen. Vorläufig steht aber fest, dass Pfandbriefgläubiger und Grundeigentümer noch in keinem Rechtsverhältnis zueinander stehen, wie das der Fall wäre, wenn der Pfandbrief ein Hypothekartitel wäre.

Nach dem bundesrätlichen Entwurf ist der Pfandbrief eine Anleihensobligation, wobei der daraus Berechtigte zu gewissen Aktiven der pfandbriefausgebenden Bank in einer bestimmten Rechtsbeziehung steht.

Nun sieht allerdings das Z. G. B. im vierten Abschnitt über das Grundpfand ebenfalls Anleihensobligationen vor, wobei der daraus Berechtigte in einer gewissen Rechtsbeziehung zu Grundpfandrechten steht. Es handelt sich nun noch darum, zu untersuchen, ob der Pfandbrief eine mit diesen Anleihensobligationen identische Institution ist und wenn dies nicht der Fall sein sollte, ihn von diesen Anleihenstiteln des Z. G. B. abzugrenzen.

Das Z. G. B. gibt vier Möglichkeiten, Anleihensobligationen grundpfändlich sicherzustellen:

1) Artikel 875 Ziffer 1 gewährt zwei Möglichkeiten: Errichtung einer Grundpfandverschreibung oder eines Schuldbriefes für das ganze Anleihen und die Bezeichnung eines Stellvertreters für die Gläubiger und den Schuldner.

2) Artikel 875 Ziffer 2: Errichtung eines Grundpfandrechtes für dans ganze Anleihen zugunsten der Ausgabestelle und Bestellung eines Pfandrechtes an dieser Grundpfandforderung für die Obligationsgläubiger.

3) Artikel 876: Schuldbriefe und Gülten, die in Serien ausgegeben werden.

Von diesen vier Möglichkeiten behandeln wir zuerst diejenige des Artikels 876. Diese Schuldbriefe und Gülten, die serienweise ausgegeben werden, sind Teile einer einheitlichen Schuld, die grundpfändlich sichergestellt ist. Es sind dies Grundpfandtitel. Der Inhaber eines solchen Serienschuldbriefes oder einer Seriengült hat für seine Teilforderung, auf die der Titel lautet, ein Pfandrecht an dem Grundstück, das für das ganze Anleihen verpfändet wurde. Die pfandversicherte Forderung steht dem Titelinhaber zu. Umgekehrt ist der Grundeigentümer der Schuldner des Titelinhabers. Ein Stellvertreter für Schuldner und Gläubiger ist nicht nötig.

Da wir nun vorher festgestellt haben, dass der Pfandbrief kein Grundpfandtitel ist, Serienschuldbriefe und -Gülten aber solche

sind, so haben wir auch schon den Unterschied zwischen beiden Instituten.

Eine zweite Art der Ausgabe von Anleihenstiteln mit Grundpfandrecht sieht Artikel 875 Ziffer 1 Z. G. B. vor.

Da bei der Ausgabe von Anleihenstiteln unterschieden wird zwischen Selbstemission und Emission durch Vermittlung eines Dritten, so ist es angezeigt zu untersuchen, unter welche der beiden Arten der Emission die Ausgabe der Anleihenstitel von Art. 875 Ziffer 1 fällt.

Bei der Emission von Anleihen wird unterschieden zwischen drei Gruppen von beteiligten Personen: Der Anleihensempfänger, der Emittent und der die Schuldverschreibung erwerbende Dritte.

Fallen die Eigenschaften des Anleihensempfängers und die des Emittenten in einer Person zusammen, dann haben wir den Fall der Selbstemission.

Sind aber Anleihensempfänger und Emittent nicht identisch, sind sie zwei verschiedene Personen oder Personengruppen, dann tritt der Fall der Emission durch Vermittlung eines Dritten ein. Unter diese Art der Emission fallen dann wieder die verschiedensten Unterarten, je nachdem sich die Rechtsverhältnisse der drei beteiligten Personengruppen gestalten.

Die Emission durch Vermittlung eines Dritten kann sich nun so gestalten, dass der Emittent sich auf den Anleihenstiteln selbst als Schuldner bezeichnet und dem Anleihesuchenden aus dem Erlös dieses Anleihens ein Darlehen gewährt, oder aber auf den durch den Dritten (den Emittenten) herausgegebenen Titeln ist der Anleihensempfänger als Schuldner angegeben. Bei der letztern Möglichkeit kann der Emittent je nach den Abreden, die mit dem Anleihensempfänger getroffen wurden, Stellvertreter des Anleihensempfängers oder Verkaufkommissionär sein. Endlich kann der Emittent die Anleihenstitel zu einem festen Betrag vom Anleihensempfänger übernehmen und sie nach seinem Belieben im Publikum absetzen oder bei sich behalten.

Für die nach Art. 875 Ziffer 1 sichergestellten Anleihenstitel kommen in Betracht die Selbstemission und die Emission durch Vermittlung eines Dritten, so dass der Anleihensempfänger auf den Titeln als Schuldner erscheint.

Zugunsten der Anleihensgläubiger, seien es Gläubiger aus Namen- oder Inhaberpapier, wird ein Grundpfandrecht begründet, in der Form der Grundpfandverschreibung oder des Schuldbriefes.

Da dem Schuldner eine sowohl nach Menge als Person unbestimmte Mehrzahl von Gläubigern gegenüber steht, so wird, um die für die Wahrung und Einhaltung der Rechte und Pflichten

beider Teile notwendige persönliche Verbindung zwischen Schuldner und Gläubigern herzustellen, ein Stellvertreter für beide Parteien notwendig. Wird für die Anleihensgläubiger eine Grundpfandverschreibung begründet, so wird der Pfandvertrag und eventuell der Auszug über den Grundbucheintrag diesem Stellvertreter übergeben.

Wird ein Schuldbrief errichtet, dessen Gläubiger die Anleihensgläubiger sind, so wird der Schuldbrieftitel dem Stellvertreter übergeben.

Zu dieser letzten Möglichkeit der grundpfändlichen Sicherstellung ist noch folgendes zu bemerken: Die Errichtung eines Schuldbriefes bewirkt die Tilgung des zu Grunde liegenden Schuldverhältnisses durch Neuerung (Art. 855 Ziffer 1 Z. G. B.). In diesem Falle ist jedoch die Novation durch ausdrückliche Gesetzesvorschrift ausgeschlossen, indem es in 875 Ziffer 1 heisst: «durch Errichtung . . . eines Schuldbriefes für das ganze Anleihen». Bei der Emission durch Vermittlung eines Dritten gestalten sich die Verhältnisse nicht wesentlich anders. Statt durch den Schuldner selbst werden in diesem Falle die Anleihenstitel durch einen Dritten, der in der Regel eine Bank sein wird, emittiert. Zugleich wird diese Bank Stellvertreter von Schuldner und Gläubigern sein.

Die Rechtsverhältnisse zwischen Schuldner und Gläubigern sind in beiden Fällen dieselben. Schuldner aus dem Anleihen ist der Anleihensempfänger, wiewohl er nicht zugleich Emittent ist. Pfandgläubiger aus Grundpfandverschreibung oder Schuldbrief sind die Anleihensgläubiger.

Aus dieser Darstellung geht schon jetzt hervor, dass die Anleihenstitel inhaltlich bloss in einer persönlichen Forderung gegen den Schuldner, der der Grundeigentümer oder ein Dritter sein kann, bestehen. Sie sind daher bloss obligationenrechtliche Wertpapiere und gewähren an und für sich kein Grundpfandrecht. Die Anleihensobligationen sind keine Grundpfandtitel.

Nun geht aber neben dieser Forderung aus dem Anleihenstitel doch noch ein Grundpfandrechtsverhältnis einher, und zwar so, dass jeder Anleihensgläubiger Grundpfandgläubiger ist. Doch ergibt sich dieses Grundpfandrecht nicht aus dem Anleihenstitel, sondern aus der Begründung einer Grundpfandverschreibung oder eines Schuldbriefes. Pfandschuldner aus diesen ist der Anleihensempfänger, wenn er zugleich Eigentümer des verpfändeten Grundstückes ist. Pfandschuldner kann aber auch ein Dritter sein, der sein Grundstück für die Schuld des Anleihensempfängers verpfändet hat.

Vergleichen wir nun mit dieser Anleihensobligation den Pfandbrief, so ist folgendes zu bemerken: Der Pfandbrief ist eine Anleihensobligation wie der durch Art. 875 Ziffer 1 geschaffene Anleihenstitel. Während nun aber letzterer eine persönliche Forderung gegen den Grundeigentümer selbst enthält, so begründet der Pfandbrief eine Forderung gegen die pfandbriefausgebende Bank. Ferner ergibt sich ein Unterschied daraus, dass beim Pfandbrief die Grundpfandforderung nicht zugunsten der Pfandbriefgläubiger begründet wird, sondern zugunsten der pfandbriefausgebenden Bank. Der Pfandbrief verschafft also kein Grundpfandrecht wie die Anleihensobligation nach Art. 875 Ziffer 1.

Es bleibt nun noch zu betrachten übrig diejenige Anleihensobligation und ihre grundpfändliche Sicherung, die durch Art. 875 Ziffer 2 geschaffen werden kann.

Wenn wir im Rahmen der obigen Einteilung der Emissionen bleiben, so haben wir es in Art. 875 Ziffer 2 mit einem Fall der Emission durch Vermittlung eines Dritten zu tun, wobei aber der Emittent (der Dritte) selbst Schuldner ist. Die vom Dritten, der regelmässig auch wieder eine Bank sein wird, herausgegebenen Anleihenstitel lauten auf die emittierende Bank als Schuldner. Der Gläubiger aus dem Anleihenstitel steht in keinem Rechtsverhältnis zum Anleihensempfänger, welcher es in diesem Falle bloss rein wirtschaftlich betrachtet ist. Denn er erhält eigentlich nicht das Ergebnis des Anleihens, sondern ein Darlehen vom Emittenten, dessen Höhe je nach Abrede, ganz unabhängig sein kann vom Ergebnis der Anleihensemission.

Was nun die pfandrechtliche Sicherstellung dieser Obligation anbelangt, so wird so vorgegangen, dass zugunsten des Emittenten ein Grundpfandrecht errichtet wird, Pfandschuldner ist wiederum entweder der Anleihensempfänger selbst oder aber ein Dritter, ausgenommen, wenn eine Gült errichtet wird. (Sämtliche Grundpfandarten sind zugelassen). Pfandgläubiger ist der Emittent.

An diesen Grundpfandrechten wird dann zugunsten der Anleihensgläubiger ein Pfandrecht errichtet. Objekt des Pfandrechtes der Anleihensgläubiger ist also im Falle von Artikel 875 Ziffer 2 nicht ein Grundstück, sondern ein Recht. Aus dieser Art der Sicherstellung geht hervor, dass die nach Artikel 875 Ziffer 2 sichergestellten Anleihensobligationen ebenfalls, wie die Anleihenstitel von Artikel 875 Ziffer 1, keine Grundpfandtitel sind.

Stellen wir diese Anleihensobligation dem Pfandbrief gegenüber, so könnte man meinen, dass zwischen beiden kein Unterschied mehr bestehe. Pfandbrief sowohl als auch die Obligation von Ziffer 2 sind blosse Schuldverschreibungen und haben kein

Grundpfandrecht. Beide aber sind mit einem Forderungspfandrecht an bei der Bank liegenden Grundpfandforderungen ausgestattet.

Aber schon der Entstehungsgrund dieses Forderungspfandrechtes ist bei Pfandbrief und Anleihensobligation im Sinne von Artikel 875 Ziffer 2 ein verschiedener. Das Pfandrecht des Pfandbriefes ist ein gesetzliches, dasjenige der erwähnten Anleihensobligation ein vertragliches. Aus dieser Verschiedenheit der Begründungsart der Pfandrechte resultiert auch eine verschiedene Natur derselben. Da das in Artikel 875 Ziffer 2 erwähnte Pfandrecht auf Grund eines Vertrages zwischen der Ausgabestelle der Obligationen und den Anleihensgläubigern entsteht, so müssen bezüglich dieses Vertrages diejenigen Formen beachtet werden, die das Gesetz für die Verpfändung von Forderungen vorsieht. Die betreffenden Gesetzesnormen, die zur Anwendung kommen, sind die Artikel 899 und folgende, sowie ergänzend dazu die Normen über das Fahrnispfand (884 ff.). Ganz im Geegnsatz zu dieser vertraglichen Verpfändung steht die einfache Ordnung des gesetzlichen Pfandrechtes nach dem Entwurf zu einem Pfandbriefgesetz. Eine Uebergabe der den Pfandbriefgläubigern verpfändeten Grundpfandtitel ist nicht nötig. Diese bleiben bei der pfandbriefausgebenden Bank, die sie verpfändet hat. Ein Stellvertreter der Pfandbriefgläubiger ist in diesem Falle auch nicht nötig.

Endlich ergibt sich noch ein Unterschied dadurch, dass zugunsten der Anleihensgläubiger im Sinne von Artikel 875 Ziffer 2 eine einzige bestimmte Grundpfandforderung verpfändet wird, beim Pfandbrief dagegen soviele, als zur vollständigen Deckung der ausgegebenen Pfandbriefe erforderlich sind.

IV.

Die Pflichten der pfandbriefausgebenden Bank zugunsten der Pfandbriefinhaber.

Bei der Betrachtung der rechtlichen Natur des Pfandbriefes wurde festgestellt, dass der Pfandbrief eine Anleihensobligation ist. Schuldner aus dieser Anleihensobligation ist die ausgebende Bank. Gläubiger ist der Inhaber oder bei Namenpfandbriefen derjenige, auf dessen Namen die Obligation lautet. Aus dieser Obligation resultieren für die schuldnerische Bank folgende Pflichten:

1) Die Pflicht der Kapitalrückzahlung nach der für das Pfandbriefanleihen vorgesehenen Frist.

Der Entwurf sieht dabei vor, dass der Anleiheschuldner vor Ablauf von fünf Jahren nach Ausgabe der Anleihe diese nicht zurückzahlen darf. Anderseits darf die schuldnerische Bank höchstens für einen Zeitraum von 10 Jahren auf die Rückzahlung verzichten. (Art. 10 Entw.) Der Pfandbrief wird entweder als nach einer bestimmten Anzahl Jahre fällig oder aber als von einem bestimmten Zeitpunkt an durch den Schuldner kündbar ausgestellt werden. Ausserdem wird natürlich die Rückzahlung auf Grund eines Tilgungsplanes zulässig sein, wobei dann die zurückzuzahlenden Titel ausgelost werden. Auch in diesem Falle darf die erste Auslosung und Rückzahlung der ausgelosten Quote nicht vor Ablauf von fünf Jahren stattfinden und auf die erste Auslosung und Rückzahlung kann höchstens auf einen Zeitraum von 10 Jahren verzichtet werden.

Die Bestimmung des Rückzahlungstermins liegt also, unter Voraussetzung der Beachtung der gesetzlichen Schranken, ganz im Ermessen des Schuldners. Der Pfandbriefgläubiger hat kein Kündigungsrecht. Für den Gläubiger sind die Pfandbriefe unkündbar. Der Bank sollen für den Hypothekarkredit möglichst langfristige Gelder zur Verfügung stehen. Ebenso soll es der Bank ermöglicht werden, die zur Hypothekarkreditgewährung notwendigen Gelder zu einem stabilen Zinsfuss für eine lange Reihe von Jahren aufnehmen zu können. Anderseits soll es aber doch der Bank ermöglicht werden, sich den grossen Zinsfussbewegungen anzupassen; daher das ihr eingeräumte Kündigungsrecht.

Ist die Bank nicht im Stande, das Kapital zurückzuzahlen, so erfolgt Betreibung, und zwar ist vom Entwurf die Betreibung

auf Konkurs (Art. 24) vorgesehen. Die Betreibungsart musste deshalb festgelegt werden, weil ohne Artikel 24 die Betreibung auf Pfandverwertung Platz greifen würde, da es sich beim Pfandbrief um eine durch Pfand sichergestellte Obligation handelt. Würde man jedoch die Betreibung auf Pfandverwertung zulassen, so würde dadurch eine Ungleichheit unter den Pfandbriefgläubigern geschaffen. Es könnte sich dann ergeben, dass die Gläubiger der Pfandbriefe, die fällig wären und zur Rückzahlung kommen sollten, gegenüber denjenigen Pfandbriefinhabern, deren Pfandbriefe noch nicht fällig wären, dadurch einen Vorteil hätten, als die Deckung zunächst zugunsten der fälligen Pfandbrieffforderungen verwertet würde (denn die Betreibung auf Pfandverwertung ist Sepzialexecution) und zwar soweit bis diese Forderungen samt rückständigen Zinsen vollständig gedeckt wären. Daraus könnte sich dann leicht ergeben, dass die noch nicht fälligen Pfandbrieffforderungen (die ja noch nicht in Betreibung gesetzt werden könnten, weil sie noch nicht fällig wären) nicht voll gedeckt würden, wenn es auch zu ihren Gunsten später zur Betreibung auf Pfandverwertung käme. Aus diesen Gründen wurde als Betreibungsart für Pfandbrieffforderungen die Betreibung auf Konkurs festgesetzt.

2) Die Pflicht der Zinszahlung für die Pfandbriefschuld. Die Pfandbriefe werden nach Artikel 9 des Entwurfes mit auf den Inhaber ausgestellten Zinscoupons versehen. Den Fälligkeitstermin setzt der Entwurf nicht fest. Es ist also der pfandbriefausgebenden Anstalt anheimgestellt, ob sie die Pfandbriefe mit halb- oder ganzjährlichen Zinscoupons versehen will. Die Entscheidung für den einen oder andern Typus wird abhängen von der Art und Weise, wie die Bank mit ihren Schuldnern (den Grundeigentümern) die Zinszahlungsbedingungen (ganz- oder halbjährlich) festgesetzt hat. Wenn eben die Aktivzinsen jährlich eingehen, so wird wohl vom banktechnischen Standpunkt aus die praktischste Lösung die sein, dass die Passivzinsen auch jährlich bezahlt werden, dem Pfandbrief also Jahreszinscoupons beigegeben werden.

Richtigerweise ist ebenfalls über die Höhe des Zinsfusses im Entwurf nichts gesagt. Dessen Festsetzung muss ganz der pfandbriefausgebenden Bank überlassen werden. Dies wird mit eine der schwersten Aufgaben der Bank sein, einen Zinsfuss festzusetzen, der sowohl im Moment der Ausgabe des Anleihens einen Anreiz zur Kapitalanlage in Pfandbriefen bietet, als auch, soweit dies überhaupt möglich ist, die zukünftigen Zinsschwankungen des Geld- und Kapitalmarktes in Berücksichtigung zieht, um allzu starke Kursschwankungen des Pfandbriefes zu vermeiden.

Aus der Erwägung dieser Schwierigkeiten heraus wurde auch in der grossen Expertenkommission bei der Beratung des Vorentwurfes der Vorschlag gemacht, es sollten die Pfandbriefe mit einem veränderlichen Zinsfuss ausgestattet werden. Allein so originell der Vorschlag des veränderlichen Zinsfusses an und für sich war, wurde er doch nicht in den Vorentwurf aufgenommen, weil gerade dadurch einer der Hauptvorteile des Pfandbriefes, ein stabiler Zinsfuss auf eine grössere Anzahl von Jahren hinaus, beseitigt worden wäre.

3) Endlich hat die pfandbriefausgebende Bank die Pflicht, für eine vollständige Deckung der ausgegebenen Pfandbriefe zu sorgen. Diese Pflicht geht aus Artikel 15 des Entwurfes hervor, wo statuiert wird, dass die im Umlauf befindlichen Pfandbriefe in ihrem Kapitalbetrag und ebenfalls die darauf ausstehenden Zinsen gedeckt sein müssen durch Forderungen, die durch schweizerische Grundpfänder sichergestellt sind und die mindestens den gleichen Nennwert und den gleichen Zinsertrag aufweisen wie die ausgegebenen Pfandbriefe.

Welche Forderungen kommen nun in Betracht für diese Deckung?

Zunächst wird vom Entwurf eine örtliche Abgrenzung der Forderungen vorgenommen. Die Forderungen müssen durch schweizerische Grundpfänder sichergestellt sein. Das durch die Pfandbriefausgabe hereingenommene Geld soll schweizerischem Grund und Boden zukommen. Darlehensgewährung an im Ausland befindliche Grundeigentümer wird dadurch ausgeschlossen.

Die Forderungen müssen grundpfandgesichert sein. Es können also nur in Betracht kommen Grundpfandverschreibung, Schuldbrief und Gült. Andere Arten der Grundpfandbestellung gestattet das Z. G. B. nicht (Art. 793).

Neben der Darlehensgewährung an Grund und Boden ist der pfandbriefausgebenden Anstalt auch gestattet Darlehen zu gewähren an Bezirke, Kreise oder Gemeinden, ohne dass aber diese Anleihen grundpfändliche Sicherheit geniessen. Damit soll diesen Körperschaften des öffentlichen Rechts Gelegenheit gegeben werden, sich langfristiges Geld zu einem stabilen Zinsfuss zu verschaffen, ohne das Geld durch eine öffentliche Anleihe aufnehmen zu müssen. Ob das so aufgenommene Geld zu produktiver oder unproduktiver Anlage verwendet werden soll, legt der Entwurf nicht fest. Darin ist also der Geschäftspolitik der darlehengewährenden Bank freie Hand gelassen. Natürlich wird diesen Darlehen das ganze Vermögen der Körperschaft haften. Zudem wird vom Entwurf verlangt, dass Darlehen nur an Körperschaften ge-

geben werden, die das Recht der Steuererhebung haben, so dass also auch darin eine Sicherheit liegt. In unbeschränktem Masse sind solche Darlehen nicht zulässig. Der Entwurf setzt als obere Grenze $^1/_{10}$ des Pfandbriefumlaufes fest (Art. 16 Entw.).

Was das Pfandobjekt der Grundpfandforderung anbelangt, so ist zu sagen, dass in erster Linie landwirtschaftliche Grundstücke, daneben aber auch städtische Grundstücke in Betracht kommen. Ferner können auch Darlehen gegeben werden auf Bauplätze, industrielle Anlagen und Waldungen. Letztere kommen nur in Betracht, wenn sie einen Ertrag abwerfen, d. h. wenn sie planmässig bewirtschaftet werden. Ausgeschlossen von der Belehnung sind solche Grundstücke, die wertlos sind oder deren Wert infolge einer dem Grundstück anhaftenden Eigenschaft fortwährend abnimmt. Als Beispiele solcher Grundstücke nennt der Entwurf Steinbrüche und Gruben (Art. 33).

Diesen Grundpfandforderungen stellt das Gesetz Vorschüsse gegen schweizerische Grundpfandforderungen oder Pfandbriefe (Lombardkredite) gleich, so dass also auch diese in die Deckung einbezogen werden. Gegen diese Ordnung könnten sich allerdings Bedenken erheben, indem im Unterschied zur Darlehensgewährung gegen Grundpfand beim Lombardkredit die Grundpfandforderungen bloss als Pfand bei der Bank liegen und die Bank nicht Grundpfandgläubigerin ist. Kann dann der als Deckung dienende Vorschuss nicht zurückgezahlt werden, so muss die Bank zuerst auf Pfandverwertung betreiben um wieder zu ihrem Gelde zu gelangen. Allein es ist nicht zu vergessen, dass die Bank einen derartigen Pfandvertrag meistens so abschliesst, dass sie sich die freihändige Veräusserung der lombardierten Werttitel vorbehält für den Fall, dass der Schuldner das fällige Darlehen nicht zurückzahlen kann. Der aus dieser Veräusserung resultierende Erlös kommt der Bank zu, bis sie vollständig gedeckt ist für ihren Forderungsanspruch. Damit ist der etwas langwierige Weg der Betreibung auf Pfandverwertung ausgeschaltet und damit auch die Gefahr einer Wertverminderung des Pfandes während der Zeit des Betreibungsverfahrens.

Als eng verbunden mit dem Deckungsprinzip ist das Gleichgewichtsprinzip zu betrachten. Es ist dies der Grundsatz, dass der Wert der Grundpfandforderungen dem Wert der ausgegebenen Pfandbriefe gleichstehen soll oder aus dem Worte Gleichgewichtsprinzip heraus definiert: Ausgegebene Pfandbriefe und Grundpfandforderungen müssen sich das Gleichgewicht halten, wobei unter Gleichgewicht an das Bilanzbild gedacht werden kann, indem die Pfandbriefe auf der Passivseite und die Grundpfandforderungen auf der Aktivseite der Bilanz erscheinen wer-

den. Soll nun Gleichgewicht zwischen beiden herrschen, so müssen sie sich aufheben, d. h. die Aktiv- und die Passivseite müssen bezüglich der beiden Posten gleich grosse Werte enthalten. Dabei ist natürlich die Forderung der Gleichwertigkeit von Aktiv- und Passivseite als eine Mindestanforderung an das Gleichgewicht anzusehen, indem Gleichgewicht im Sinne des Gleichgewichtsprinzips auch dann vorhanden ist, wenn die Aktivseite grösser ist als die Passivseite.

Wir haben oben das Gleichgewichtsprinzip als eng verbunden mit dem Deckungsprinzip genannt. In der Tat, soll der Schutz der Pfandbriefgläubiger ein genügender sein, so muss neben das Deckungsprinzip dasjenige des Gleichgewichtes treten.

Es frägt sich jetzt nur noch, welches das Mass dieses Gleichgewichtes sein soll. Es sind da zwei Möglichkeiten in Betracht zu ziehen:

1) Die beiden Vermögensmassen müssen dem Nennwert nach gleich sein

oder

2) Die beiden Vermögensmassen müssen dem Real- oder Verkehrswert nach gleich sein.

Betrachten wir die beiden Möglichkeiten, so scheint uns schon zum vorneherin die letztere nicht in Betracht zu fallen. Denn einerseits würde sich der Realwert der Pfandbriefe aus ihrem Börsenkurs ergeben. Daraus folgt, dass der auf solche Art gewonnene Wert der Pfandbriefschulden kein konstanter wäre, denn es ist anzunehmen, dass der Pfandbrief mit den übrigen festverzinslichen Wertpapieren dieselben Kursschwankungen mitmachen wird wie diese. Zudem ist mit derjenigen Höhe der Pfandbrieforderung zu rechnen, die vom Gläubiger geltend gemacht werden kann, und das ist natürlich der Nennwert des Pfandbriefes.

Den Pfandbriefen gegenüber stehen die der Bank zustehenden Grundpfandforderungen. Wenn man sich nun frägt, ob diese Grundpfandforderungen einen Verkehrswert haben, so ergibt sich folgende Antwort: Diese Grundpfandforderungen haben keinen Markt in dem Sinn, dass sie an der Börse gehandelt werden. Infolgedessen haben sie auch nicht Verkehrswert in dem Sinn, wie ihn die Pfandbriefe haben. Zudem ist zu bemerken, dass diese Grundpfandforderungen ja auch nicht von der Bank aufgenommen werden, um sie nachher dem Verkehr zu übergeben, sondern eben gerade um sie als Deckung für die Pfandbriefe zu benützen.

Wir sehen also, dass der Verkehrswert sich nicht als Masstab für das Gleichgewicht eignet, wohl dagegen der Nennwert. Der Nennwert sowohl des einzelnen Pfandbriefes als auch der ein-

zelnen Grundpfandforderung bleibt konstant. Damit ist eine feste Basis gewonnen, auf der das Gleichgewicht hergestellt werden kann. Daneben tritt noch ein anderer Grund auf, den Nennwert beider Vermögensmassen als Masstab des Gleichgewichts anzunehmen: Ebenfalls für den Zinsertrag beider Vermögensmassen muss ein Gleichgewicht vorhanden sein und zwar muss dieses Gleichgewicht als ein Minimum verlangt werden. Minimum daher, weil aus den Aktivzinsen sowohl die Geschäftsunkosten als auch die Zinsen der Pfandbriefe zu bestreiten sind. Die Zinsen werden aber vom Nennwert und nicht vom Verkehrswert berechnet. Daher ist auch aus diesem Grunde der Nennwert der gegebene Masstab des Gleichgewichtes, gibt er doch auch hier eine feste Grundlage, um die Zinsenleistungen aus den Grundpfandforderungen mit denjenigen an die Pfandbriefgläubiger abzustimmen.

So sieht denn auch der Entwurf der Expertenkommission in Art. 8 und der bundesrätliche Entwurf von 1925 in Artikel 15 den Nennbetrag als Grundlage des Gleichgewichtes vor. Beide Artikel statuieren, dass die als Pfand dienenden Grundpfandforderungen mindestens den gleichen Nennwert und den gleichen Zinsertrag aufweisen sollen.

Was den Zinsertrag anbelangt, so ist zu bemerken, dass die Zinsen der Grundpfandforderungen nach den banktechnischen Regeln höher sein werden als diejenigen, die an die Pfandbriefgläubiger gezahlt werden müssen. In diesem Falle genügt die blosse Gleichheit der Nennbeträge beider Vermögensmassen um die Zinserträge gegeneinander abzustimmen. Wenn nun aber der Entwurf von mindestens dem gleichen Nennwert spricht, so ist das für den Fall bestimmt, da die Aktivzinsen niedriger sind als die Passivzinsen. In diesem Fall muss dann eben der Nennwert der aktiven Vermögensmasse (der Grundpfandforderungen) über den Nennwert der Pfandbriefe hinausgehen, um den Zinsertrag der Grundpfandforderungen mindestens auf die Höhe des Zinsertrages der Pfandbriefe zu bringen. (Vgl. Erläuterungen zum bundesrätlichen Entwurf S. 32). Damit wird aber in einem solchen Falle notwendigerweise vom Prinzip abgewichen, Hypothekarkredit bloss mit dem Gelde zu gewähren, das aus dem Pfandbriefanleihen der Bank zugeflossen ist. Denn es ist klar, dass die in der Höhe der Differenz der beiden Nennbeträge aufgenommenen Grundpfandforderungen nicht aus dem aus der Pfandbriefanleihe herrührenden Gelde erworben werden können, sondern aus Geldern, die infolge anderweitiger Geschäfte der pfandbriefausgebenden Bank, dieser zugeflossen sind. Darin kann eine Schlechterstellung der übrigen Gläubiger der pfandbriefausgebenden Bank enthalten sein, indem die Anlage dieser Gläubiger-

gelder in Grundpfandforderungen erfolgt, die den Pfandbriefgläubigern pfandverhaftet sind, also in Vermögenswerten, die nicht den übrigen Gläubigern haften.

Aus dem Gleichgewichtsprinzip ergeben sich zwei Konsequenzen :

1) Die durch die Pfandbriefanleihe der Bank zugeflossenen Gelder müssen in Grundpfandforderungen angelegt werden.

2) Werden Grundpfandforderungen aus der Deckung herausgenommen, so ist der entsprechende Betrag von Pfandbriefen aus dem Umlauf zurückzuziehen.

Die unter 1) erwähnte Folge wird im Entwurf nicht speziell erwähnt; sie ergibt sich aber aus dem Deckungsprinzip verbunden mit dem Gleichgewichtsprinzip ohne weiteres.

Die unter 2) genannte Folgerung ist in Artikel 17 des Entwurfes gesetzlich geregelt: An Stelle der der Deckung entnommenen Forderung soll eine neue Forderung aufgenommen oder der entsprechende Betrag an Pfandbriefen zurückgezogen werden. Ist es nicht möglich durch eine dieser beiden Massnahmen die Deckung dem Pfandbriefumlauf anzupassen, dann muss die Bank das Gleichgewicht auf andere Weise herzustellen versuchen. Sie muss dann für eine sogenannte Ersatzdeckung sorgen. Dieser Vorgang besteht darin, dass der den Pfandbriefgläubigern pfandverhafteten Vermögensmasse der Bank andere Werte als Grundpfandforderungen beigefügt werden und zwar soweit, bis die umlaufenden Pfandbriefe wiederum voll gedeckt sind und das Gleichgewicht zwischen Pfandbriefen und Pfand wieder hergestellt ist.

Der Tendenz des Entwurfes, eine möglichst grosse Sicherung der Pfandbriefgläubiger zu erreichen, entspricht es, dass der Gesetzgeber der pfandbriefausgebenden Bank nicht freistellen will, die Werte selbst zu bestimmen, die als Ersatzdeckung dienen sollen. Der Entwurf umschreibt wenigstens generell die zur Ersatzdeckung fähigen Werte. Es sind dies festverzinsliche Wertpapiere, die erhöhte Sicherheit bieten: Schuldverschreibungen des Bundes, der Kantone oder anderer inländischer Körperschaften, die das Recht der Steuererhebung haben.

Ferner wird verlangt, dass diese Schuldverschreibungen öffentlich kotiert sind, d. h. an der Börse gehandelt werden. Dies sowohl damit jederzeit ein Markt zur Verfügung steht, um die betreffenden Werte abzustossen oder zu erwerben, als auch um die Kursentwicklung dieser Werte beobachten zu können.

Neben diesen Werten ist natürlich auch Geld zugelassen und zwar, wie die Erläuterungen des Entwurfes bemerken, sowohl Münzen mit gesetzlichem Kurs als auch Banknoten und Giro-

guthaben bei der schweizerischen Nationalbank und der eidgenössischen Post.

Es ist nun eigentlich selbstverständlich, dass diese Ersatzdeckungswerte zusammen mit den schon vorhandenen Grundpfandforderungen ebenfalls das Deckungsprinzip und damit verbunden das Gleichgewichtsprinzip erfüllen müssen. Wir haben für die Grundpfandforderungen als Mass des Gleichgewichtes den Nennwert angenommen. Wie gestaltet sich nun diese Frage bei den Ersatzwerten, kann auch bei diesen als Basis des Gleichgewichtes der Nennwert angenommen werden oder tritt hier der Kurswert an dessen Stelle?

Im Gegensatz zu den Grundpfandforderungen haben nun die vom Gesetz zugelassenen Ersatzdeckungswerte, soweit nicht Geld inbegriffen ist, einen ausgesprochenen Verkehrswert. Sind sie doch Gattungsware und werden an den Börsen gehandelt, was bei den Grundpfandforderungen nicht der Fall ist. Sie sind somit Gegenstand eines regen Verkehrs und werden von diesem gewertet. Der Verkehrswert dieser Paierpe wird nun in der Regel ein geringerer sein als der Nennwert. Dieser Umstand hängt von verschiedenen Faktoren ab, die hier nicht zu erwähnen sind.

Die Bewertung dieser Papiere findet ihren Ausdruck in den Börsenkursen. Würde man nun diese Werte zu ihrem Nennwert in die Deckung einfügen, dann wäre wohl rein äusserlich den Zahlen nach betrachtet, eine vollständige Deckung und damit das Gleichgewicht vorhanden, nicht aber dem innern Wert nach. Denn wenn diese Ersatzdeckung veräussert werden müsste, würde der Ertrag ein kleinerer sein als der Nennwert dieser Werte war, da eben nur der Verkehrswert erzielt würde, dieser aber in der Regel niedriger ist als der Nennwert.

Aus diesem Grunde ist es gegeben, den Verkehrswert als Grundlage des Gleichgewichtes anzunehmen und die Ersatzdeckungswerte zum Verkehrswert in die Deckung aufzunehmen. Als Folge dieser Ordnung ergibt sich dann folgendes: Da der Verkehrswert nicht eine sich gleich bleibende Grösse ist, sondern in grössern oder kleinern Zeiträumen Schwankungen (Kursschwankungen) aufweist, so muss die pfandbriefausgebende Bank ebenfalls Sorge tragen, dass trotz dieser Schwankungen das Gleichgewicht jederzeit erhalten bleibt, d. h. sie muss, wenn der Verkehrswert sinkt, der Deckung neue Werte hinzufügen, und umgekehrt, wenn der Verkehrswert steigt, ist sie berechtigt, Werte in dem Betrag aus der Deckung herauszunehmen, der den Nennbetrag der umlaufenden Pfandbriefe mit den noch ausstehenden Pfandbriefzinsen übersteigt.

In diesem Sinne ist der letzte Satz von Artikel 18 des Entwurfes zu verstehen: Die Schuldverschreibungen sind daher zu einem Betrage zu bewerten, der um mindestens fünf vom Hundert unter dem jeweiligen Tageskurse steht.

Dabei ist noch die Modifikation zu beachten, dass die Schuldverschreibungen nicht zu ihrem eigentlichen Verkehrswert in die Deckung gestellt werden, sondern zu einem Betrag, der 5% unter dem Verkehrswert liegt. Offenbar eine Schutzbestimmung für den Fall, dass die Errsatzdeckung der ordentlichen Deckung weichen muss. Dann müssen die Ersatzwerte veräussert werden, damit das in ihnen angelegte Geld für den Hypothekarkredit frei wird. Dabei wird durch die Veräusserung dieser Ersatzdeckungswerte das Angebot an der Börse verstärkt. Eine Kurssenkung der Papiere ist möglich. Der Kurs kann unter den Verkehrswert sinken, zu dem die Papiere zuletzt in die Deckung eingerechnet wurden. Daher diese 5%ige Marge, die eine gewisse Senkung des Kurses erlaubt, ohne dass ein Verlust entstehen würde.

Ganz allgemein ist über die Ersatzdeckung noch folgendes zu sagen:

Wenn der Entwurf es auch nicht direkt, sondern nur indirekt zum Ausdruck bringt, so muss doch die Ersatzdeckung immer ein Uebergangsstadium sein. Die Ersatzdeckung ist eben nicht die vom Gesetz vorgesehene Deckung für die Pfandbriefe, sondern sie tritt, wie schon der Ausdruck «Ersatzdeckung» besagt, an Stelle der gesetzlichen Deckung. Das Einsetzen einer Ersatzdeckung ist nicht in das Belieben der pfandbriefausgebenden Bank gestellt. Der Entwurf gestattet die Ersatzdeckung bloss unter zwei Voraussetzungen:

1) Wenn keine neuen, zur ordentlichen Deckung geeigneten Grundpfandforderungen aufgenommen werden können

oder

2) wenn keine Pfandbriefe zurückbezahlt werden können.

Durch das Deckungsprinzip, verbunden mit dem Gleichgewichtsprinzip, wird eine möglichst weitgehende Sicherstellung der Pfandbriefgläubiger erreicht. Es erhebt sich nun die Frage, ob die pfandbriefausgebende Bank in der Ausgabe der Pfandbriefe völlig frei ist, unter der Voraussetzung natürlich, dass sie für die notwendige Deckung sorgt.

An und für sich ergäbe sich kein Hindernis, der pfandbriefausgebenden Bank die Ausgabe von Pfandbriefen zu gestatten, solange und soweit Bedürfnis vorhanden ist. Allein aus der Praxis heraus hat sich eine andere Ansicht entwickelt. So wie eine Handelsbank auf ein bestimmtes Verhältnis zwischen fremden Mitteln und dem Aktien- oder Genossenschaftskapital sieht, so muss auch

eine pfandbriefausgebende Bank dieses Prinzip beachten. Denn neben den pfandverhafteten Vermögensteilen haftet den Pfandbriefgläubigern das übrige Vermögen der Bank.

Zu diesem übrigen Vermögen gehören sowohl die nicht pfandverhafteten Aktiven als auch das Aktien- oder Genossenschaftskapital. Allerdings ist das eine Haftung, die nur subsidiär ist, sie wird erst wirksam, wenn die Pfandbriefgläubiger aus der pfandverhafteten Vermögensmasse nicht voll befriedigt werden können. Für den Teil ihrer Forderungen, für den die Pfandbriefgläubiger nicht befriedigt würden, können sie sich an das übrige Vermögen der Bank halten und dies mit einem Konkursprivileg zweiter Klasse. Unter solchen Voraussetzungen kann es nun allerdings nicht gleichgültig sein, in welchem Verhältnis das Eigenkapital zu den Passiven der Anstalt steht. Dies sowohl vom Standpunkt der Pfandbriefgläubiger als auch vom Standpunkt der übrigen Gläubiger der pfandbriefausgebenden Bank aus. Dass neben Pfandbriefgläubigern auch noch andere Gläubiger der Bank möglich sind, ergibt sich schon daraus, dass Pfandbriefe nur solche Anstalten ausgeben dürfen, deren Aktiven mindestens zu 60% aus Forderungen bestehen, die aus dem inländischen Bodenkreditgeschäft erworben sind.

Sind also im Aktivgeschäft der Bank bis zu einem gewissen Grade andere Bankgeschäfte als Kreditgewährung auf Grund und Boden gestattet, so muss notwendigerweise auch das Passivgeschäft andere Geschäfte als bloss die Pfandbriefausgabe in sich schliessen. Denn eine Finanzierung des regulären Bankgeschäftes (also exclusive des Bodenkreditgeschäftes) durch Pfandbriefausgabe wäre eine Verletzung des Deckungsprinzipes. Somit ergibt sich also, dass neben den Pfandbriefgläubigern auch andere Gläubiger bestehen, also z. B. Obligationengläubiger, Depositengläubiger, Kontokorrentgläubiger etc.

Dass vom Standpunkt der Pfandbriefgläubiger aus das Verhältnis der Passiven der Bank zu dem Eigenkapital nicht gleichgültig sein kann, haben wir bereits gezeigt, da ein im Vergleich zu den Passiven der Bank verschwindend kleines Aktienkapital eine ebenfalls sehr kleine Garantie dafür biete, dass die Pfandbriefgläubiger bei einem etwaigen Ausfall bei der Befriedigung aus dem Pfande doch noch voll befriedigt würden.

Aber auch die gewöhnlichen Gläubiger haben ein Interesse an einem günstigen Verhältnis zwischen Eigenkapital und Passiven der Bank. Je besser dieses Verhältnis ist, desto grösser wird auch die Sicherheit der Forderungen gegen die Bank.

Der Entwurf hat nun ein festes Verhältnis der Passiven zum Eigenkapital festgelegt, indem bei pfandbriefausgebenden Kredit-

anstalten die Passiven das 12fache des Eigenkapitals nicht übersteigen dürfen, wobei unter den Passiven die Pfandbriefe inbegriffen sind.

Bei Pfandbriefzentralen konnte man ein weitergehendes Verhältnis annehmen, da bei diesen andere Gläubiger als Pfandbriefgläubiger nicht auftreten. Bei Pfandbriefzentralen dürfen die Passiven das 20fache des Eigenkapitals nicht übersteigen. Für beide Fälle wird zudem auch festgelegt, was unter Eigenkapital zu verstehen ist. Es ist das einbezahlte (dem ist gleichgestellt das sichergestellte) Aktien- oder Stammkapital, vergrössert um die ausgewiesenen Reserven und Bilanzüberschüsse und vermindert um die Bilanzfehlbeträge.

Endlich wäre noch eine Vorschrift zu erwähnen. Es ist dies Artikel II des Entwurfes: Vor der Aufgabe ist auf den Pfandbriefen zu bescheinigen, dass die gesetzliche Deckung vorhanden ist.

Der Zweck dieser Vorschrift ist ein doppelter:

1) Soll durch diese Pflicht der Bescheinigung das verantwortliche Organ angehalten werden zu prüfen, ob wirklich die Dekkung vorhanden ist, die das Gesetz verlangt.

2) Dem Käufer eines Pfandbriefes soll damit eine gewisse Garantie gegeben werden, dass die Deckung, die dem Pfandbrief nach Gesetz zukommt, wirklich vorhanden ist.

Wem diese Pflicht der Bescheinigung obliegt, sagt der Entwurf nicht. Es ist nur von verantwortlichen Organen die Rede. Damit ist aber indirekt gesagt, dass diese Bescheinigung nicht von einer dritten Person vorgenommen werden wird, beispielsweise durch eine Urkundsperson. Eine dritte Person, wenn sie auch Urkundsperson wäre, dürfte kaum als verantwortliches Organ bezeichnet werden. Welches Organ aber zur Bescheinigung verpflichtet und berechtigt ist, ist dem pfandbriefausgebenden Kreditinstitut und den Pfandbriefzentralen überlassen, intern zu ordnen.

V.

Die Natur des den Pfandbriefen zustehenden gesetzlichen Pfandrechtes.

Der Entwurf des Bundesrates gewährt den Pfandbriefen ein Pfandrecht. Und zwar geschieht dies ausdrücklich in Artikel 20 des Entwurfes. Dieses Pfandrecht wird intern, d. h. innerhalb des Betriebes eines pfandbriefausgebenden Institutes durch Dekkungsregister und getrennte Aufbewahrung der pfandverhafteten Vermögenswerte geordnet. Dadurch dass nun die verpfändeten Vermögenswerte beim Schuldner bleiben, hat das Pfandrecht der Pfandbriefe einige Aehnlichkeit mit dem im Vorentwurf zum Z. G. B. geordneten, in das geltende Recht aber nicht aufgenommenen Institut der Mobiliarhypothek oder Fahrnisverschreibung. Schon damals hatte man eingesehen, dass diese Mobiliarhypothek ein nicht ungefährliches Institut ist. Sie bilde eine «Gefahr für den gutgläubigen Verkehr, sie diene zur Irreführung der Gläubiger und Dritter». (So Huber in den Erläuterungen.)

Deshalb hatte man auch diese Mobiliarhypothek mit einer Reihe von Massregeln umgeben wollen, die deren Bestehen garantieren sollten, ohne dass die Gefährdung des gutgläubigen Verkehres oder der Interessen der Gläubiger oder dritter Personen entstand. Als solche Massregeln waren namentlich vorgesehen:

1) Ein Verschreibungsregister mit Publizitätswirkung.
2) Die beschränkte Dauer der Pfandrechtswirkung.
3) Das Vorgehen des Faustpfandes im Rang ohne Rücksicht auf die Zeit der Begründung.

Merkwürdigerweise wurden aber keine Bedenken laut, die sich, wenn man so sagen darf, über die Gebrechlichkeit dieses Pfandrechtes ausliessen. Denn ohne Zweifel ist das in der Form der Mobiliarhypothek bestehende Pfandrecht vom Standpunkt des Pfandgläubigers aus ein derartig schwaches Recht, dass man Mühe hat, überhaupt ein dingliches Recht anzunehmen. Denn sollte die zu Pfand gesetzte Sache durch den Schuldner veräussert werden, so erhielt der Erwerber ein nicht pfandbeschwertes Eigentum an der Sache, insofern er gutgläubig war und man ihm Einsicht in das Register nicht zumuten konnte. Damit ist es mit der dinglichen Wirkung dieser Mobiliarhypothek nicht sehr gut bestellt, indem jeder gutgläubige dritte Erwerber der Pfandsache

gegenüber dem gegen ihn vorgehenden Pfandgläubiger den Schutz des gutgläubigen Erwerbers in Anspruch nehmen kann.

Die Form, in die der Entwurf des Bundesrates das Pfandrecht der Pfandbriefe kleidet, ist sozusagen dieselbe wie bei der Mobiliarhypothek. Diejenigen Massnahmen aber, die man bei der Mobiliarhypothek für notwendig befunden hatte, damit diese im Verkehr bestehen könne, sind beim Pfandrecht des Pfandbriefes zum Teil überhaupt weggelassen, zum Teil bestehen sie, aber mit viel weniger weitgehender Wirkung. Weggelassen ist einmal die beschränkte Dauer der Pfandrechtswirkung. Das Pfandrecht der Pfandbriefe besteht solange als Pfandbriefe im Umlauf sind. Ebenso wird nirgends ausdrücklich erwähnt, dass ein an den Pfandwerten eingeräumtes Faustpfandrecht dem Pfandrecht der Pfandbriefgläubiger vorgehe. Was für eine Rechtslage sich aber nach dem bundesrätlichen Entwurf bei einer solchen Hingabe zu Faustpfand ergeben würde, werden wir weiter unten sehen.

Dagegen wurde bei der Ordnung des Pfandrechtes der Pfandbriefe ebenfalls ein Register vorgesehen, in das die pfandverhafteten Werte eingetragen werden sollten, also eine Einrichtung, die dem Verschreibungsregister bei der Mobiliarhypothek ähnlich ist. Allerdings besteht diese Aehnlichkeit nur rein äusserlich und es sind die beiden Register in ihren Auswirkungen vollkommen verschieden. Das Verschreibungsregister wäre von einer staatlichen Behörde geführt worden und unter dem Prinzip der Publizität gestanden. Das Register des Pfandbriefrechtes wird vom Pfandschuldner selbst geführt, ist somit eine rein interne Angelegenheit des Pfandbriefschuldners und hat daher auch keine Publizitätswirkungen. Damit ist aber auch gesagt, dass dieses Register für den Verkehr gar nicht in Betracht kommt, der Aussenstehende braucht sich um dieses Register gar nicht zu kümmern, wie anderseits die Pfandbriefgläubiger sich auch nicht auf die Eintragung in dieses Register gegenüber Dritten berufen dürfen.

Nachdem nun das Register als eine Einrichtung angesehen werden muss, die bloss für den internen Geschäftsbetrieb der pfandbriefausgebenden Bank von Wichtigkeit ist, so lassen sich daraus für den Verkehr mit pfandverhafteten Werten Folgerungen ziehen.

Erwirbt ein Dritter (z. B. eine Bank) solche Werte von einer pfandbriefausgebenden Bank, die zur Deckung gehören und in das Register eingetragen und daher pfandverhaftet sind (denn der Registereintrag ist nach dem bundesrätlichen Entwurf konstitutiv für das Pfandrecht), so erwirbt dieser Dritte diese Werte, wie wenn gar kein Pfandrecht an ihnen bestanden hätte. Sind die

übrigen Voraussetzungen erfüllt, die das Recht zum Zustandekommen eines Kaufes oder einer Verpfändung fordert, so wird der Erwerber des Rechts Gläubiger oder Pfandgläubiger aus der erworbenen Grundpfandforderung.

Nun ist allerdings eine pfandbriefausgebende Anstalt nicht befugt, Werte aus der den Pfandbriefgläubigern verpfändeten Vermögensmasse herauszunehmen und sie an Dritte zu veräussern. Wenn sie es aber gleichwohl tut, so wird bei Wertpapieren (Schuldbrief und Gült) der Erwerber Eigentümer dieser Titel, wenn er in gutem Glauben gewesen ist, d. h. die veräussernde Bank zur Veräusserung berechtigt hielt.

Es erhebt sich nun allerdings die Frage, was vom Erwerber für Vorkehrungen zu fordern sind, damit er als im guten Glauben stehend anzusehen ist. Man könnte hier die Forderung erheben, dass der Erwerber Einsicht in das von der Bank geführte Register nehmen soll und, indem er sich auf den Nichteintrag des zu erwerbenden Wertes stützt, im guten Glauben ist. Allein wir haben schon oben bemerkt, dass das Register eine rein interne Institution der pfandbriefausgebenden Bank und nicht für den Verkehr bestimmt ist. Auf Grund dieses bloss internen Zweckes des Registers ergibt sich noch ein anderes Hindernis, dem Dritterwerber Einblick zu gewähren. Das ist die nicht öffentliche Natur dieses Registers. Man kann diesem Register nicht die gleiche Wirkung zuerkennen wie andern Registereinrichtungen, die öffentlich sind. Eine solche Wirkung kommt dem Register im Gesetzesentwurf des Bundesrates weder ausdrücklich zu noch ergibt sie sich aus der Natur des Registers.

Aus den obigen Erörterungen geht nun folgendes hervor: Es kann billigerweise nicht in der vom Gesetz in Art. 3 Absatz 2 Z. G. B. geforderten Aufmerksamkeit liegen, dass der Dritterwerber Einsicht in das Deckungsregister der Bank nimmt. Zum Beweise, das der dritte Erwerber nicht im guten Glauben sein konnte, kann noch nicht genügen, dass die Nichteinsicht in das Register seitens des dritten Erwerbers dargetan wird. Durch diesen Beweis wird die zugunsten des dritten Erwerbers bestehende Vermutung des guten Glaubens noch nicht zerstört.

Es können sich unserer Ansicht nach weder die Pfandbriefgläubiger gegenüber dem Dritten auf den Eintrag in das Register berufen, noch kann sich der Dritte gegenüber den Pfandbriefgläubigern auf den Nichteintrag berufen.

Damit ist aber ersichtlich, dass es für den Dritterwerber eines pfandverhafteten Wertes nicht zu der erforderlichen Sorgfalt beim Erwerb gehören kann, dass er Einblick in das Deckungsregister nimmt.

Daneben ist aber auch nicht ersichtlich, was für andere Massnahmen der Erwerber treffen sollte, um im guten Glauben zu sein. Kann der Einblick in das Register nicht verlangt werden, so kann auch eine noch viel weitergehende Massnahme, nämlich der Einblick überhaupt in das Geschäftsgebahren der Bank, soweit es die pfandverhafteten Werte anbelangt, mit dem Zweck zu ersehen, ob der zu erwerbende Wert pfandverhaftet ist oder nicht, nicht verlangt werden. Dies sowohl vom Standpunkt der pfandbriefausgebenden Bank als auch vom Standpunkt des Erwerbers aus.

Für letzteren wäre es ein Aufwand an Mühe und Arbeit, der den Interessen eines freien Verkehrs in diesen Werten entgegenstehen würde; ein Umstand, der gegebenenfalls auch der pfandbriefausgebenden Bank in ihrer Geschäftstätigkeit hinderlich wirken könnte. Denn wenn die pfandbriefausgebende Bank einmal in den Fall kommt verpfändete Grundpfandforderungen aus der Deckung herauszunehmen und zu veräussern z. B. infolge Rückzahlung von Pfandbriefen ohne sofortige Neuemission, so würde es wahrscheinlich nicht so leicht sein, einen Käufer dafür zu finden, wenn von dem Käufer solche Massnahmen verlangt würden. Das gleiche wäre natürlich der Fall, wenn die Bank Grundpfandforderungen veräussern wollte, die gar nie pfandverhaftet waren. Denn der Käufer müsste auch dann die erwähnten Massnahmen vorkehren, da er sich einer pfandbriefausgebenden Bank gegenüber befinden würde und da er es ja dem zu erwerbenden Titel nicht ansehen würde, ob er pfandverhaftet ist oder nicht.

Damit kommen wir nun zu folgendem Schluss: Um die Vermutung des guten Glaubens, die zugunsten des dritten Erwerbers besteht, zu beseitigen, genügt es nicht, das Unterlassen der Einsicht in das Deckungsregister oder in das Geschäftsgebahren der Bank zu beweisen oder mit andern Worten: Die zugunsten des dritten Erwerbers bestehende Vermutung des guten Glaubens ist auch vorhanden, wenn der dritte Erwerber keine Einsicht in das Deckungsregister oder in das Geschäftsgebahren der Bank genommen hat.

Aus den vorstehenden Erörterungen scheint uns mit grösster Sicherheit hervorzugehen, dass der Wert des durch den Entwurf statuierten gesetzlichen Pfandrechtes kein sehr grosser ist, und es kann auf Grund dieser Feststellung begreiflich erscheinen, wenn die Ansicht vertreten wird, dass die «Gläubiger (Pfandbriefgläu-«biger) doch nur darauf verwiesen seien, auf die Tüchtigkeit und «Ehrlichkeit der Direktoren zu vertrauen».

Damit soll nun aber noch nicht gesagt sein, dass die Begründung eines Mobiliarpfandrechtes unter Belassung der Pfand-

sache beim Schuldner immer nur ein in seinen Wirkungen beinahe wertloses Pfandrecht zum Entstehen bringt. Dass ein solches Pfandrecht überhaupt möglich ist und durch geeignete Massnahmen mit starken Wirkungen ausgestattet werden kann, zeigt der Entwurf der Experten. Dieser gewährt den Pfandbriefgläubigern ja ebenfalls ein Pfandrecht, wobei die pfandverhafteten Werte beim Pfandschuldner bleiben. Soweit sind also beide Entwürfe identisch. Der Entwurf der Experten jedoch sieht nun verschiedene Massnahmen vor, um dem gesetzlichen, an sich schwachen Pfandrecht, weitgehende und starke Wirkungen zu verleihen.

Unseres Erachtens ist in dieser Hinsicht eine wichtige Massnahme die, dass die pfandverhafteten Werte, die im Deckungsregister eingetragen sind, mit der Bemerkung versehen sein sollten, dass sie als Pfandbriefdeckung ausgeschieden seien. Damit sollte gewissermassen dem pfandverhafteten Wert das an ihm bestehende Pfandrecht nach aussen erkennbar aufgeprägt werden. Der Erwerber eines Wertes mit dieser Bemerkung ist ohne weiteres in bösem Glauben und kann daher den Wert nicht ohne das darauf lastende Pfandrecht erwerben. (Art. 14 des Expertenentwurfes).

Sodann war eine weitere Bestimmung vorgesehen, die dem Pfandrecht ausserordentlich starke Wirkungen einräumen sollte: es ist dies Artikel 16 Absatz 2: Der Erwerber eines im Deckungsregister eingetragenen Wertes muss ohne Rücksicht auf seinen guten oder bösen Glauben das Pfandrecht der Pfandbriefgläubiger an dem erworbenen Wert anerkennen.

Dies sind die beiden Bestimmungen, die in ihren Auswirkungen unseres Erachtens sogar ein Register mit Publizitätswirkungen ,wie dies bei der Mobiliarhypothek vorgesehen war, übertreffen.

Dass man sich bei der Regelung des Pfandrechtes im bundesrätlichen Entwurf der Schwäche dieses Pfandrechtes infolge Weglassens geeigneter Massnahmen bewusst war, zeigt eine schon in anderm Zusammenhang zitierte Stelle der Botschaft des Bundesrates zu dem Gesetzesentwurf. Auf Seite 18 heisst es: «Indem unser Entwurf verzichtet 1) auf die Abstempelung oder Anmerkung auf den Urkunden (damit sind die pfandverhafteten «Werte gemeint), 2) auf den Sperrverschluss, 3) auf die Mitver-«haftung der nicht im Register eingetragenen, aber veräusserten «oder Dritten verpfändeten Forderungen mit Wertpapiereigen-«schaft, vermindern wir damit nicht den Wert des Pfandrechtes? «Diese Frage kann nicht anders als bejaht werden».

Wenn man bedenkt, dass das Pfandrecht des bundesrätlichen Entwurfes vor seiner Realisierung nur sehr bescheidene Wir-

kungen äussert, ja dass es erst im Konkurs der pfandbriefausgebenden Anstalt, sofern diese eine Aktiengesellschaft oder eine Genossenschaft ist, geltend gemacht werden kann (eine selbständige Betreibung auf Pfandverwertung für die Pfandbrieffordерung ist ausgeschlossen), so ist die Meinung zu verstehen, die das Pfandrecht der Pfandbriefgläubiger in seinen Wirkungen einem Konkursvorrecht gleichstellen will (Eberli, Die Sicherung von Anleihensobligationen, S. 143).

Der Frage, ob es sich wirklich so verhalte, gelten nun noch die folgenden Erörterungen.

Das Pfandrecht ist die juristische Erscheinungsform einer bestimmten Art der Haftung, nämlich der Sachhaftung. Die Sachhaftung steht im Gegensatz zur persönlichen Haftung. Beide aber fallen unter den Begriff der Vermögenshaftung. Bei der persönlichen Haftung wird das ganze Vermögen des Haftenden oder ein Teil desselben von der Haftung erfasst. Das Vermögen, das einstehen muss, für den Fall, dass die geschuldete Leistung ausbleibt, wird dadurch bestimmt, dass es der haftenden Person gehört. Weil es dieser Person gehört, wird es von der Haftung erfasst.

Ganz anders bei der Sachhaftung. Während bei der persönlichen Haftung die von der Haftung ergriffenen Vermögenswerte dem Wesen und dem Umfang nach unbestimmt sind gemäss dem schwankenden Stand des Vermögens des Haftenden und Bestimmung des Haftungsgegenstandes erst bei der Realisation der Haftung eintritt, so ist bei der Sachhaftung der Gegenstand der Haftung schon mit Entstehen der letzteren seinem Umfang und seinem Wesen nach bestimmt. Die Person, in deren Eigentum der Gegenstand steht, ist gleichgültig; sie kann identisch sein mit der Person des Schuldners, des Leistensollenden oder aber es kann ein Dritter sein. Das Gegenteil ist der Fall bei der persönlichen Haftung, wo die Bestimmtheit der Person sehr wichtig ist, wird doch durch diese der haftende Vermögenskomplex, wenn auch nicht seinem Wesen und Umfang, so doch seinem Vorhandensein nach bestimmt.

Entsprechend der verschiedenen Natur der beiden Haftungsarten ist auch das Mass der beiden Haftungen ein verschiedenes. Bei der persönlichen Haftung wird das Höchstmass der Haftung bestimmt durch den Umfang der Leistungspflicht. Bei der Sachhaftung dagegen erreicht die Haftung ihr höchstes Mass im Umfang der haftenden Sache.

Indem wir nun das Pfandrecht als die juristische Erscheinungsform der Sachhaftung aufgefasst haben, so müssen im Pfandrecht die wesentlichen Elemente der Sachhaftung wiederum vorhanden sein. Dies ist auch der Fall. In allen Fällen des Pfand-

rechtes handelt es sich um die Einsetzung eines Gutes, das für eine Schuld haftet. Das Gut ist seinem Umfang und Wesen nach bestimmt, es ist individualisiert. Diese Individualisierung des haftenden Gutes ist sowohl im Grundpfandrecht als auch im Fahrnispfandrecht zu konstatieren. Im Fahrnispfandrecht geht sie sogar soweit, dass das haftende Gut aus dem Vermögenskomplex des Schuldners oder des Dritten ausgeschieden wird und dem Pfandgläubiger übergeben wird.

Wie steht es nun damit beim Pfandrecht der Pfandbriefgläubiger? Die Objekte des Pfandrechtes bleiben wohl beim Pfandschuldner. Aber sie sind nicht vermischt mit den andern Vermögenswerten des Schuldners, sondern gemäss dem Prinzip der Sachhaftung von diesen getrennt und somit als spezielle Haftungsobjekte für die Pfandbriefschuld individualisiert. Artikel 19 des Entwurfes bestimmt, dass die Deckungswerte (die Haftungsobjekte) von den übrigen Vermögensbeständen der pfandbriefausgebenden Anstalt getrennt aufzubewahren seien. Eine andere Massnahme, die zur Individualisierung der Haftungsobjekte dienen kann, ist die Pflicht der pfandbriefausgebenden Anstalt, die Deckungswerte in ein Register einzutragen.

Mit dieser Feststellung ist nun bereits der Grund gelegt zu einem wesentlichen Unterschied in den Wirkungen von Pfandrecht und Konkursprivileg.

Hätten nämlich die Pfandbriefgläubiger ein Konkursprivileg, dann wäre ja nicht einzusehen, aus welchem Grunde einzelne Vermögenswerte aus dem Vermögen des Schuldners ausgeschieden werden müssten als Haftungsobjekte für die Forderungen der Pfandbriefgläubiger. Denn das Konkursprivileg charakterisiert sich ja als ein Recht auf vorzugsweise Befriedigung der Forderung aus dem ganzen Vermögen des Schuldners.

Gemäss dem Wesensunterschied von Pfandrecht und Konkursprivileg, gestaltet sich auch die Realisation der beiden Rechte verschieden.

Handelt es sich um das Pfandrecht, dann werden die von den übrigen Vermögenswerten getrennt aufbewahrten Haftungsobjekte (die Objekte des Pfandrechtes) gemeinsam mit den übrigen Vermögenswerten des Schuldners verwertet. An der Befriedigung aus dem Erlös der Objekte des Pfandrechtes nehmen jedoch bis zur vollen Deckung bloss die Pfandbriefgläubiger teil. Hätten die Pfandbriefgläubiger ein Konkursprivileg, dann würden sie je nach Stärke des ihnen verliehenen Privilegs vor allen andern privilegierten Gläubigern oder nach diesen vorzugsweise aus dem Erlös des ganzen Vermögens resp. des übrigbleibenden Restes des Erlöses befriedigt.

Neben der Verschiedenheit der Wirkung vom Pfandrecht und Konkursprivileg in diesen beiden Fällen, besteht noch ein dritter nicht unwesentlicher Unterschied. Mit der Eröffnung des Konkurses hört der Zinsenlauf für die nicht pfandversicherten Forderungen auf, während das Pfandrecht auch die laufenden Zinsen bis zur Verwertung erfasst. Ein Unterschied, der sowohl für die schuldnerische Bank als auch für die Pfandbriefgläubiger schwerwiegend sein kann.

Damit glauben wir dargetan zu haben, dass das zugunsten der Pfandbriefgläubiger statuierte Pfandrecht sich in seinen Wirkungen wesentilch anders gestaltet als ein Konkursprivileg es tun würde und dass somit die Behauptung, das Pfandrecht komme in seinen Wirkungen einem Konkursvorrecht gleich, dahinfällt.